Die Rechtsprechung zum Betriebsrisiko

als ein Beispiel für die Entwicklung von Richterrecht

Dissertation

zur

Erlangung des juristischen Doktorgrades

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Breslau

vorgelegt von

Heinrich Cebulka
Gerichtsassessor.

1940

Druckerei wissenschaftlicher Werke Konrad Triltsch
Würzburg-Aumühle

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Lange.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Einleitung. Aufgabe und Arbeitsplan 1

I. Teil. Geschichtliche Darstellung der Entwicklung der Lehre vom Betriebsrisiko 3

A. Überblick über die Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches 3

B. Die Zeit der Herrschaft des BGB in unserer Frage. (1900—1923) 6

1. Die Entstehung der maßgeblichen BGB-Bestimmungen 6
2. Die Entwicklung bis zum Ende des Weltkrieges 9
3. Die Inflationszeit 16

C. Das Ringen des Richterrechts 21
1. Das Urteil des Reichsgerichts vom 6. Februar 1923 21
2. Die Weiterentwicklung bis zum Arbeitsgerichtsgesetz 22
3. Die erste Zeit der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung 25

D. Die Festigung und der Ausbau des Richterrechts 31
1. Das Urteil des Reichsarbeitsgerichts vom 20. Juni 1928 31
2. Die Weiterentwicklung in der Zeit der wirtschaft-Scheinblüte 33
3. Die Krisenzeit 40

E. Die Weiterentwicklung im Dritten Reich 47

II. Teil. Ergebnisse 53

A. Das Richterrecht als eine Denkform für die Rechtsentwicklung 53
1. Die Arten der Rechtsfindung als Formen der Entwicklung zum Richterrecht 53
2. Das Richterrecht als Grundlage neuer Rechtsentwicklung 57

B. Die Stellung des Richterrechts im Leben des Volkes 58
1. Wirkungen auf die Richterrechtsentwicklung von außen her 58
2. Die Bewährung des Richterrechts im Rechtsleben 61

Schluß. Wertende Stellungnahme 62

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545807_0118

Einleitung:

Aufgabe und Arbeitsplan

Die vorliegende Arbeit will ein Beitrag zur Lehre vom Richterrecht sein. Das Richterrecht ist ein Teil des ungeschriebenen, nicht auf den Gesetzgeber zurückgehenden Rechts. Innerhalb dieses Bereiches könnte man das Richterrecht als ein Recht bezeichnen, das von Richtern gesetzt wird. Eine solche Begriffsbestimmung würde für englische Verhältnisse passen [1]), nicht aber für deutsche. Es ist nämlich zumindest zweifelhaft, ob es bei uns ein Richterrecht im englischen Sinne überhaupt gibt. Das Reichsgericht betrachtet seine eigene ständige Rechtsprechung nicht als Rechtsquelle, sondern höchstens als Rechtserkenntnisquelle [2]). Wenn wir die hier möglichen Streitfragen nicht in der Definition vorweg entscheiden wollen, erscheint eine rein dogmatische Begriffsbestimmung nicht möglich. Vielmehr müssen wir die gesellschaftlichen und geschichtlichen Verhältnisse mitberücksichtigen. Wir verstehen daher unter Richterrecht alles ungeschriebene Recht, dessen Erarbeitung in erster Linie den Richtern zu verdanken ist. Bei dieser Auffassung ist eine scharfe Abgrenzung von Gewohnheitsrecht und Richterrecht zwar nicht möglich. Eine solche würde aber auch bei den verwickelten Verhältnissen wenig Sinn haben.

Die Arbeit behandelt nur in ihrem Endziel einen Teil der Rechtsquellenlehre. Auf dem Wege zu diesem Ziel müssen viele Dinge betrachtet werden, die dogmatisch vom Richterrecht streng zu scheiden sind, entwicklungsgeschichtlich aber eine Zwischenstufe zu ihm darstellen oder doch darstellen können [3]).

---

[1]) Vgl. Curti, S. 10.

[2]) Überall dort, wo das RG seine alte Meinung aufrecht erhält, verweist es auf seine alten Urteile. Überall dort, wo es, wenn auch ungern, mit der Rechtsprechung bricht, erwägt es aber nicht einmal die Möglichkeit, daß die eigene Rechtsprechung schon Recht geworden sein könnte. Vgl. die Plenarentscheidung RGZ. 82, S. 85, wo das RG. mit einer 27jährigen durch die Plenarentscheidung 16, 399 begründeten Rechtsprechung betr. die Gerichtsvollzieher bricht.

[3]) Abgelehnt wird hier die Gleichstellung von Richterrecht und Gewohnheitsrecht in der Dissertation von Pommer. Gegen reines Richterrecht Endemann § 9, gegen reines Gewohnheitsrecht Meier, S. 60.

Die Lehre vom Richterrecht soll an Hand der Entwicklung einer Einzelfrage in der Rechtsprechung beleuchtet und belegt werden. Hierfür ist unter verschiedenen möglichen Problemen die Lehre vom Betriebsrisiko ausgewählt worden. Es handelt sich hierbei, laienhaft ausgedrückt, darum, ob ein Arbeiter oder Angestellter seinen Lohn verliert, wenn er infolge einer von keiner Seite verschuldeten Betriebsstillegung nicht arbeiten kann. Als Beispiele seien die Zerstörung des Betriebs durch Naturgewalten oder Feindeshand, Rohstoffmangel und Mangel an Antriebskraft, Streik im eigenen oder fremden Betrieb, behördliches Verbot, schließlich konjunkturelle Einflüsse genannt. Diese Rechtsfrage eignet sich für unseren Zweck besonders. Denn sie berührt die wirtschaftliche Grundlage vieler Menschen und zeigt daher eine große Empfindsamkeit gegenüber allen Veränderungen des politischen Lebens.

[4]) Zum Beispiel die Wertpapierlehre, die Lehre von der culpa in contrahendo und von der clausula rebus sic stantibus.

I. Teil.

Geschichtliche Darstellung der Entwicklung der Lehre vom Betriebsrisiko

A. Überblick über die Zeit vor Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches.

Bereits in den Pandekten finden wir vermischt mit Fällen, die die Vermietung von Fässern, Grundstücken und Schiffsplätzen betreffen, in D 19,2 mehrere keineswegs einheitlich entschiedene Fälle zu unserer Frage [1]). Die Zusammenstellung fällt auf. Sie erklärt sich aus dem römisch-rechtlichen Begriff locatio-conductio, der Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag zusammenfaßt [2]). Das entwickelte römische Recht hat zwar durch Zusätze zwischen den einzelnen Vertragstypen unterschieden. Das hinderte jedoch nicht, daß Fälle vermischt in das Gesetzeswerk eingingen und so eine Übertragung von Rechtsätzen von der einen Vertragsart zur anderen stattfand.

Schon hier beobachten wir also den Zug zur verallgemeinernden Konstruktion. Bei den Glossatoren sehen wir einen weiteren Schritt in dieser Richtung. Wie Hedemann anschaulich beschreibt [3]), war unsere Frage zwischen den Glossatoren streitig. Azo verbindet schließlich die Streitpunkte zu einem System, das für Sach- und Dienstmiete gleichlautende Bestimmungen enthält. Entscheidend ist bei ihm immer wieder, auf wessen Seite der Zufall eintrifft. Das Gedankengebäude knüpft an das an, was im Texte des corpus juris zusammensteht. Es baut nicht auf juristischen Allgemeinbegriffen auf. Der Begriff der Unmöglichkeit der Leistung ist zwar bekannt, aber nicht unbestritten [4]). Der Begriff des Verzuges wird nur nebenbei erwähnt. Statt dessen

---

[1]) Vgl. Hedemann, Lohnzahlung, S. 185, dem auch das Folgende entnommen ist, und RGZ. 3, 179.

[2]) Windscheid, S. 500, Anm. 7.

[3]) Hedemann, S. 187 ff.

[4]) Über die geringe Bedeutung des Unmöglichkeitsbegriffs im altrömischen und frühen gemeinen Recht vgl. Stoll, Leistungsstörungen, S. 102.

wird durchaus praktisch darauf abgestellt, in wessen Person der Umstand eintritt [5]). Das System des Azo hat in den naturrechtlichen Gesetzbüchern bis zum österreichischen AG BGB [6]) nachgewirkt. Auch in einem Urteil des Oberappellationsgerichts in Kassel aus dem Jahre 1845 klingt es noch nach [7]). Gegenüber einer Lohnklage wird „die Einrede des Verklagten, daß er die Fabrik habe eingehen lassen, verworfen". Der Verklagte sei, wenn er unter Umständen, die sich doch in seiner Person ereignet haben, von den Diensten keinen Gebrauch machen könne, nach den klaren gesetzlichen Bestimmungen zur Bezahlung des Lohnes verpflichtet.

Erst die Mitte des vorigen Jahrhunderts brachte hier die Wendung. Es war der Ehrgeiz dieser Zeit, nicht nur das Material des römischen Rechts herauszuarbeiten, sondern es auch begrifflich zu durchdringen. Unsere Frage wurde hierbei besonders von Mommsen in seinem grundlegenden Werk über die Unmöglichkeit der Leistung behandelt [8]). Mommsens Ergebnisse faßte Windscheid in einer für die damalige Zeit maßgeblichen Weise, wie folgt, zusammen: „Wird ihm (dem Arbeitnehmer) das Leisten der Dienste ohne seine Schuld unmöglich, so gilt auch in dieser Beziehung die gleiche Regel, wie bei der Sachmiete. Der Vermieter, das heißt der Arbeitnehmer, haftet zwar seinerseits nicht, bekommt aber auch keine Gegenleistung. Dagegen geht er des Anspruches auf die Gegenleistung dadurch nicht verlustig, daß der Mieter die ihm zur Verfügung gestellten Dienste nicht abnimmt" [9]). Hier wird also schon die Fragestellung des BGB aufgeworfen. Die Entscheidung wird davon abhängig gemacht, ob Unmöglichkeit der Leistung oder Annahmeverzug vorliegt. Die Analogie der Miete bleibt auch hier wichtig.

Dabei ist jedoch aus den bei Mommsen ersichtlichen Beispiel zu entnehmen, daß man im Regelfalle, insbesondere also bei Fabrikbrand, an Unmöglichkeit dachte. Es ist zum Verständnis der Weiterentwicklung unerläßlich, sich zu vergegenwärtigen, daß die so gefundene Lösung in Wirklichkeit ein Kreisschluß ist. Denn wenn man entscheiden will, ob dem Arbeiter seine Leistung unmöglich geworden ist, muß man erst wissen, welche Leistungen er überhaupt schuldet, ob er namentlich die bloße Arbeitsbereitschaft oder die Arbeit selbst zu erbringen hat. Diese Frage kann nur aus der Auffassung vom Wesen des Dienstvertrages heraus beantwortet werden. Das Begriffspaar Annahmeverzug oder Un-

[5]) Hedemann, S. 188.
[6]) Hedemann, S. 188.
[7]) Seuffert, Bd. 8, Nr. 253.
[8]) Mommsen, S. 352 ff.
[9]) Pandekten, S. 509 ff.

möglichkeit liefert dann nur ein Denkschema, aber nicht eine Lösung. Dem gemeinen Rechte fehlte aber das rechte Verständnis dafür, daß hinter dem abstrakten Begriff die Fragestellung erst anfängt. Mommsen und Windscheid sind der Auffassung, eine erschöpfende Lösung des Problems gegeben zu haben und daher den Begriff der Glossatoren von dem in der Person eines Teils eintretende Umstande vernachlässigen zu können.

Dabei ist freilich nicht zu übersehen, daß im gemeinen Recht der Begriff des Gläubigerverzuges nach herrschender Meinung die Widerrechtlichkeit der Nichtannahme voraussetzte [10]). Was hierunter zu verstehen sei, insbesondere ob sich der Begriff der Widerrechtlichkeit vom Schuldbegriff unterscheide, war streitig [11]). Immerhin war auf diese Weise sowohl in die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung, als auch in die Lehre von Annahmeverzug ein Begriff eingebaut, der billige Rücksichtnahme auf die Belange beider Beteiligten forderte und erlaubte. Man kann also sagen, daß die Streitfrage im gemeinen Recht auf eine äquivalente Konstruktion hinauslief [12]). Zwei Wege waren für den Richter möglich und führten zu einem billigen Ergebnis. Der Streit war im Rechtsleben von geringer Bedeutung. Die Theorie genügte der Rechtsprechung. Hierfür seien aus der nur sehr kleinen Reihe zugänglicher Gerichtsentscheidungen zwei Beispiele angeführt.

Das Oberappellationsgericht in Dresden entschied im Jahre 1850 folgendermaßen: [13] Eine von einer Privatgesellschaft veranstaltete Elbfahrt konnte nicht stattfinden, weil das Dampfschiff auf den unter dem Wasser liegenden Anker eines Elbkahns stieß und ein Leck erhielt. Es kam die Frage zur Erörterung, ob hierdurch der Anspruch auf Fahrlohn aufgehoben worden sei. Aus den Gründen sei hervorgehoben: „Nach fr. 38, 19, 2 darf der für eine Dienstleistung bedungene Lohn auch, wenn letztere nicht erfolgt ist, dennoch gefordert werden, wenn es nicht bei dem Arbeitnehmer stand, daß er leistete. Aber dieser Ausdruck „wenn es nicht bei ihm stand" enthält an und für sich noch keinen Hinweis auf die zufällige Behinderung des Schuldners und läßt sich sehr wohl von dem Fall verstehen, wenn der Schuldner nicht allein bereit, sondern auch imstande ist, seine Obliegenheiten zu erfüllen, die Gegenpartei aber an der Annahme verhindert ist."

So wird in dieser Entscheidung die noch in dem Urteil des Oberappellationsgerichts von Kassel ausschlaggebende Quellenstelle zu Gunsten des Gegensatzes von Unmöglichkeit und An-

---

10) Windscheid, S. 313.
11) a. a. O., Anm. 8.
12) Vgl. Heck, Begriffsbildung, S. 188.
13) Seuffert, Bd. 6, Nr. 31.

nahmeverzug ausgeschaltet. Der nach diesen Stellen entscheidende Gesichtspunkt, daß das Schiff im vorliegenden Falle vom Lohngläubiger gestellt ist, wird nicht erwähnt. Der Gerichtshof kommt zur Verneinung des Anspruches rein aus der abstrakten Begriffsbildung heraus. Hierbei wird als ausschlaggebend bezeichnet, daß sich kein Grund auffinden lasse, warum der Vermieter einer Sache ungünstiger als der im wesentlichen in derselben Lage befindliche Vermieter seiner Arbeitskräfte beurteilt werden sollte.

Noch klarer werden die neuen Rechtsgedanken in der Entscheidung des Reichsgerichts im dritten Bande, Seite 179, ausgesprochen. Der Beklagte wurde im Jahre 1861 vom Patriomonialherren zum Bauernvogt auf Lebenszeit ernannt und erhielt als Entgelt die Nutzungen der sogenannten Bauernvogtsdienstkoppel. Infolge einer neuen Landgemeindeordnung erlosch das Amt. Ist damit auch der Lohnanspruch des Vogtes erloschen und mußte die Koppel herausgegeben werden? Das Reichsgericht bejaht dies im Gegensatz zum Vorderrichter. Die Gründe lehnen zunächst eine Anwendung der Gefahrtragungssätze beim Kauf ab und gehen dann unter fast wörtlicher Übernahme Mommsen'scher Sätze auf die Quellen ein. Das Ergebnis wird in dem Satz zusammengefaßt, daß im vorliegenden Falle es sich keineswegs lediglich um die Unmöglichkeit der Annahme der von dem Bauernvogt zu leistenden Dienste handele, sondern auch eine Unmöglichkeit der Erfüllung auf seiner Seite vorliege. Diese Entscheidung ist nichts als die Anwendung der Mommsen-Windscheidschen Theorie.

B. Die Zeit der Herrschaft des BGB in unserer Frage (1900—1923).

1. Die Entstehung der maßgeblichen BGB-Bestimmungen.

Dieses waren also die Grundlagen, auf denen das BGB gedanklich aufbaute. Es läßt sich an der Hand der Materialien verfolgen, wie mit den alten Begriffen auch die alten Fragen übernommen wurden. Der Leitsatz, daß der Arbeiter den Lohn nur bei Annahmeverzug des Arbeitgebers weiter erhalte, fand seinen gesetzlichen Niederschlag in den fast wörtlich übereinstimmenden §§ 561 des ersten Entwurfes, 608 des zweiten Entwurfes und 615 des Gesetzes. Dieser lautet: „Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzuges nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet

zu sein." Daß hierfür die Analogie der Miete trotz der nunmehr vollzogenen äußerlichen Trennung beider Vertragsarten entscheidend war, ergeben die Motive [1]). „Bei der Miete ist der Entwurf davon ausgegangen, daß der zur Vorleistung verpflichtete Vermieter der Vorleistungspflicht durch den einseitigen Akt Genüge leiste, mittels welcher er dem Vermieter die gemietete Sache behufs vertragsmäßigen Gebrauches zur Verfügung stelle. Für den Dienstvertrag kann dagegen das gleiche Prinzip, also der Grundsatz, daß die Vorleistungspflicht des Dienstverpflichteten erfüllt ist, wenn er zur Dienstleistung imstande ist und sich bereit erklärt, keinesfalls als selbstverständlich erachtet werden. Indessen läßt sich die Angemessenheit jenes Prinzips auch für den Dienstvertrag nicht bestreiten, namentlich auch insoweit nicht, als dasselbe über die Folgen des Annahmeverzugs hinaus den Dienstverpflichteten von der Verbindlichkeit der nachträglichen Dienste befreit."

Hierin liegt eine verhängnisvolle Übertragung eines Rechtssatzes von einer Vertragsart auf die andere. Dies kommt besonders in den folgenden Worten der Motive zum Ausdruck. Nach der Besprechung verschiedener Formulierungsmöglichkeiten wird fortgefahren: [2]) „Die Rechte des Dienstverpflichteten können von den Erfordernissen des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten abhängig gemacht werden, da, näher betrachtet, diese Erfordernisse mit den angegebenen Erfordernissen des Bestehenbleibens der Mietforderung zusammenfallen." Dies ist aber ein Trugschluß. Denn bei der Miete spricht der § 552 BGB von einem in der Person des Mieters liegenden Umstande, der den Mieter von der Mietforderung nicht befreit. Diese auf eine Sphärentheorie hindeutende Bestimmung enthält aber die Lehre vom Annahmeverzug nicht. Die Regelung beim Dienstvertrag enthält also gegenüber der Miete eine Überspitzung der Haftung.

Der zweite Grundgedanke war schon bei Windscheid, daß dem Annahmeverzug die Unmöglichkeit der Dienstleistung gegenübergestellt wurde. Auch dies hat seinen Ausdruck in der erst im zweiten Entwurf aufgenommenen Vorschrift des § 255a Abs. 1 Satz 2, jetzt § 297, gefunden [3]), nach der der Gläubiger nicht in Verzug kommt, wenn der Schuldner zur Leistung außerstande ist. Die Unklarheit der Fassung „außerstande statt unmöglich" hat zwar Zweifel verursacht, ob hier eine Gegenüberstellung von Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug tatsächlich gewollt ist. Doch scheinen diese Zweifel trotz des Schweigens der

[1]) Motive 2, S. 461.
[2]) Motive 2, S. 463.
[3]) Protokolle 1, S. 329.

Protokolle mit Rücksicht auf die geschichtliche Überlieferung nicht gerechtfertigt. Manche[4]) nehmen an, daß beides nebeneinander bestehen könnte, müssen aber zugeben, daß die Rechtsfolgen ganz verschieden sind. Bei diesen Schriftstellern taucht dann die Frage auf, welches von beiden das logisch Primäre sei. Danach sollen sich dann die Folgen richten. Praktisch läuft also auch diese Ansicht auf denselben Gegensatz hinaus.

Als Regelfall wurde von Mommsen noch die Unmöglichkeit angesehen. Die Motive enthalten hierüber nichts. In den Protokollen[5]) melden sich jedoch Zweifel. Die Ansicht, daß der § 616 BGB, der in Fällen kurzer Krankheit u. ä. eine Lohnweiterzahlung anordnet, auch auf die Fälle des Betriebsrisiko anwendbar sei, wird abgelehnt. Bei der Ablehnung gingen aber die Beteiligten von zwei grundverschiedenen Auffassungen zur Lehre vom Betriebsrisiko aus[6]).

„Von einer Seite wurde geltend gemacht, die Verpflichtung des Dienstnehmers beschränke sich darauf, seine Arbeitskraft im Interesse des Dienstgebers zu verwenden. Der Dienstgeber komme also in Annahmeverzug, wenn der Dienstnehmer sich zur Leistung der Dienste erbiete und persönlich dazu imstande sei. Hiernach könne zum Beispiel der Arbeiter, welcher in Folge der Störung des Fabrikbetriebes behindert sei, zu arbeiten, für die ganze Zeit Lohn verlangen.

Von der anderen Seite wurde dem Antragsteller zwar dahin beigestimmt, daß in dem von ihm hervorgehobenen Falle nicht der Annahmeverzug, sondern objektive Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen sei. Dagegen hielt man es für angemessen, daß in den Fällen des § 616 BGB der Dienstnehmer trotzdem den Anspruch auf Vergütung verliere."

Aus der bloßen konstruktiven Frage ist also hier schon die praktisch bedeutsame Streitfrage geworden, deren Lösung der Wissenschaft und dem Richter überlassen wurde. Die Problemlage wurde aber noch dadurch verschärft, daß man beim Annahmeverzug das Erfordernis der Widerrechtlichkeit der Nichtannahme aufgab und sich so der Möglichkeit beraubte, Billigkeitsgedanken zu berücksichten, sobald man Annahmeverzug als vorliegend erachtete. Als Grund für die Streichung des Erfordernisses der Widerrechtlichkeit der Nichtannahme wurde angegeben, daß es widersinnig sei, von einer Schuld zu reden, wo keine Verpflichtung vorliege[7]). Die entgegengesetzte Ansicht beruhte auf

[4]) Kohler, ArchbR. 13, 149. Meier, S. 31; Schultz, S. 29 und Boer Gruch. 45, S. 493.
[5]) Protokolle 1, S. 281.
[6]) ebenda, auszugsweise wörtliches Zitat.
[7]) Motive Band 2, Seite 68, ähnlich auch Meyer.

der Unterstellung einer allgemeinen obligationsmäßigen Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme der Leistung. Der wahre Grund dürfte aber sein, daß man in dem engeren Kapitel über den Annahmeverzug von diesem nur Nebenfolgen abhängig machte und es deshalb nicht unbillig erschien, bei den Voraussetzungen strenger zu sein. Auch die Motive machen auf diese Wechselbeziehung zwischen Voraussetzung und Folgen aufmerksam. Sie geben zu, daß es billig sei, den Annahmeverzug von der Voraussetzung der Widerrechtlichkeit abhängig zu machen, wenn der Schuldner durch den Annahmeverzug befreit werden solle. Im Falle des § 615 BGB liegt nun aber eine solche Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht vor. Dennoch hat man dort im Interesse der Einfachheit und Verständlichkeit [8]) ohne weiteres den Begriff des Annahmeverzuges verwandt. Hierbei war man sich über die Tragweite keinesfalls im klaren.

Zusammenfassend ist also Folgendes zu sagen: Durch das BGB hat die Fragestellung des gemeinen Rechts aufgehört, eine äquivalente Konstruktion [9]) zu sein. Durch die Umgestaltung der Lehre vom Annahmeverzug ist im Interesse eleganterer Darstellung ohne völlige Durchdringung der gegenseitigen Belange ein die Billigkeitserwägung ausschließender Begriff eingeführt worden. Dadurch hat die Streitfrage praktische Bedeutung bekommen.

2. Die Entwicklung bis zum Ende des Weltkrieges.

So ist es erklärlich, daß das Schrifttum sich schon in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten des BGB entwickelte. Das ist insofern bemerkenswert, als namentlich in den Friedensjahren bis 1914 die Fragestellung in der Rechtsprechung der höheren Gerichte nicht sehr häufig war. Die Bände der Entscheidungen des Reichsgerichts aus der Friedenszeit weisen keine für uns wichtige Entscheidungen auf. Selbst Trautmann [10]), der das Problem am Anfang des Krieges als brennend bezeichnet, nennt keine Rechtsprechung. Zuständig waren damals im allgemeinen die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. Zu einer Revision kam es auch, soweit andere Gerichte entschieden, wegen Nichterfüllung der Revisionssumme nicht. Die Wissenschaft ging ihre eigenen Wege, nur durch den inneren Zwiespalt des Gesetzes gezwungen. Ein solcher zunächst rein wissenschaftlicher Streit zeigt aber ein ganz anderes

[8]) Protokolle 2, S. 463.
[9]) Heck, Begriffsbildung, S. 188.
[10]) Trautmann, S. 434.

Gesicht, als ein aus der Rechtsprechung erwachsener. Es kommt nicht zur schnellen Unterdrückung der praktisch unbedeutenden Ansichten, sondern es entsteht ein buntes Bild verschiedener Meinungen, das schließlich zur Erschöpfung aller logischen Möglichkeiten führt. Dies ist aber nicht geeignet, auf den Richter belehrend zu wirken. Es verwirrt ihn und macht ihn in seiner Gesetzestreue unsicher. Um diese Wirkung zu ermessen, ist ein kleiner Überblick über die rein dogmatischen und auf das BGB aufbauenden Schriften zu unserer Frage aus der Vorkriegs- und Kriegszeit nötig.

Am folgerichtigsten war es, nach dem Unterschiede von Unmöglichkeit und Annahmeverzug zu suchen. Die erste Äußerung zu unserer Frage auf neuem Boden findet sich daher auch in Titzes Werk über die Unmöglichkeit. Titze kommt zu seinem Ergebnis von dem Grundsatze der Gleichwertigkeit der objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Tätigkeit aus[11]). Hierbei versteht er unter den subjektiven Voraussetzungen die Arbeitsbereitschaft und die Arbeitsfähigkeit, unter den objektiven dagegen zum Beispiel das Vorhandensein einer Fabrik. Er begründet die Gleichwertigkeit beider mit folgendem Satze: „Es wird niemand leugnen, daß, wenn es sich um die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges handelt, beide Voraussetzungen, die objektiven und die subjektiven, einander völlig gleichwertig sind, gleichgültig, wer die objektiven Voraussetzungen zu stellen hat." Hieraus folgert der Schriftsteller, daß der Arbeiter grundsätzlich beim Fehlen beider Voraussetzungen keinen Lohn erhält. Dieser Satz ist aber gefährlich. Es handelt sich beim Dienstvertrage nicht um einen Erfolg und selbst, wenn man unter Erfolg nur die Tätigkeit des Arbeiters versteht, so ist es eben die Kernfrage, ob diese Tätigkeit vom Arbeiter geschuldet wird oder nur die Arbeitsbereitschaft. Titze setzt dies anscheinend stillschweigend voraus und gerät damit in einen Zirkelschluß.

Bezeichnend für die damalige Zeit ist nun aber der weitere Gedankenschritt, mit dem das Ergebnis wieder eingeschränkt wird. Titze unterscheidet zwischen dem abstrakten und dem konkreten Vorhandensein des Arbeitssubstrats. Unmöglichkeit der Leistung soll nur dann vorliegen und der Lohn soll nur dann nicht gezahlt werden, wenn der Arbeitsgegenstand ganz wegfällt. Annahmeverzug liege dagegen vor, wenn die objektiven und subjektiven Voraussetzungen für die Möglichkeit der Leistungen sämtlich vorliegen, der Gläubiger aber, sei es, weil er nicht kann, sei es, weil er nicht will, es unterläßt, zwischen ihnen diejenige Beziehung herzustellen, die notwendig ist, wenn

[11]) Titze, Unmöglichkeit, S. 24.

die abstrakte Möglichkeit zur konkreten Möglichkeit werden soll[12]). Die auch von Titze ausdrücklich gezogene Folgerung ist zum Beispiel, daß die zum Entladen eines Schiffes auf einen bestimmten Tag angeworbenen Arbeiter den Lohn nicht bekommen, wenn das Schiff untergegangen ist, wohl aber, wenn es infolge Unwetters den Hafen nicht erreichen konnte. Dies gilt selbst dann, wenn das Schiff in dem Unwetter nach jenem bestimmten Tage untergegangen sein sollte. Wie dieses Ergebnis in der Interessenlage der Beteiligten gerechtfertigt sein soll, darüber stellt Titze keine Betrachtungen an. In einer sehr klugen, wenn auch etwas willkürlichen Weise[13]) ist hier das Kunststück fertiggebracht, mit abstrakten Begriffen zu einer sicheren Abgrenzung zu kommen. Mehr verlangt die Begriffsjurisprudenz nicht. Freilich ist nicht zu verkennen, daß schon bei dem Bestreben, überhaupt zu einer Abgrenzung zu kommen und nicht alle Fälle arbeiterfreundlich oder arbeiterfeindlich zu entscheiden, der Wille unbewußt mitspielen mag, das Betriebsrisiko irgendwie zu verteilen.

Den Höhepunkt der bei Titze beginnenden begriffsjuristischen Auseinandersetzung zu unserer Frage stellt der Aufsatz von Trautmann aus dem Anfange der Kriegszeit dar. Schon etwas unsicher durch die Fülle der bereits vorhandenen Schriften — er selbst zitiert 39 Schriftsteller — geht er an die Frage von zwei Seiten heran, von der Unmöglichkeitslehre und von der Annahmeverzugslehre[14]). Beide sehr ausgeführte Gedankengänge enthalten einen ähnlichen Schluß, wie bei Titze. Bei der Prüfung der Frage von der Unmöglichkeitslehre aus dürfte der Kernpunkt wohl der Gedankengang auf den Seiten 452 ff sein. Trautmann bejaht hier an sich, daß das BGB bei einer von keiner Seite verschuldeten Unmöglichkeit der Vertragserfüllung eine Gefahrteilung wolle, da beide Parteien ihre Ansprüche verlören. Anders aber, sagt er, sei es beim Gläubigerverzug. Hier trägt die Gefahr des Unterganges der dem Gläubiger zustehenden Schuldnerleistung der Gläubiger selbst. Hieraus folgert er, daß auch in unserem Falle des Betriebsrisikos der Unternehmer die Gefahr tragen müsse. Soziale Erwägungen liegen dieser im Ergebnis dem Arbeiter günstigen Meinung zum mindesten ausgesprochen nicht zu Grunde.

Bei der Gegenprobe vom Standpunkte der Annahmeverzugslehre[15]) aus spitzt sich der Gedankengang Trautmanns dahin zu, daß man die Unmöglichkeit der Leistung und die Unmöglichkeit

---

[12]) Titze, Unmöglichkeit, S. 25.
[13]) Trautmann, S. 449.
[14]) Trautmann, S. 451.
[15]) Trautmann, S. 456.

der Erfüllung nicht verwechseln dürfe. Durch den Wegfall des Arbeitssubstrats werde zwar die Unmöglichkeit der Erfüllung, nicht aber die Unmöglichkeit der Leistung des Arbeiters begründet. Die Möglichkeit der so gezogenen begrifflichen Trennung ist nicht zu bestreiten. Es wird aber hiermit nicht bewiesen, daß die geschuldete Leistung des Arbeiters nicht in der Vollbringung der Diensthandlung besteht. Aus der Möglichkeit einer begrifflichen Scheidung auf die Notwendigkeit einer rechtlichen Unterscheidung zu schließen, ist ein bezeichnender Gedankengang der Begriffsjurisprudenz jener Zeit. Da Trautmann überdies die Scheidung Titzes zwischen abstrakter und konkreter Unmöglichkeit aufgibt [16]), kommt er durchgängig zur Bejahung des Lohnanspruches und gibt dadurch seiner Lehre eine gewisse Starrheit.

Es verdient hervorgehoben zu werden, daß die beiden begriffsjuristischen Lösungsversuche von Titze und Trautmann sich in der späteren Rechtsprechung des höchsten Ansehens erfreut haben. Sie waren offenbar also das, was jene Zeit am meisten befriedigte [17]). Titze selbst schloß sich alsbald im „kaufmännischen Hilfspersonal" der Theorie von Trautmann an [18]).

Daneben gab es in jener Zeit auch zahlreiche Ansichten, die weit folgerichtiger die Lösung der Frage in einer Bestimmung dessen suchten, was der Arbeiter auf Grund seines Arbeitsvertrages eigentlich schuldet. Endemann z. B. erklärt [19]), daß der Inhalt des Dienstvertrages in dem Bereitstellen der Arbeitskraft bestehe und kommt so ohne weitere Begründung stets zur Bejahung des Lohnanspruches. Tiefer gehen schon Schriftsteller, die nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit von Fall zu Fall entscheiden wollen. „Entscheidend ist, was der Schuldner vom Vertragsgegner erwarten durfte" [20]). „Jede Aufstellung allgemeiner Regeln widerspricht der Vertragsfreiheit. Nur so bekommt die Praxis die nötige Ellbogenfreiheit" [21]). Vielfach kommt man so über den § 242 BGB zur Berücksichtigung sozialer Gedanken [22]).

Solche Gedankengänge sind jedoch von richterlicher Rechtsprechung streng zu scheiden. Denn der Grundsatz der Gesetztreue wird nicht aufgegeben.

Als Beispiel für die damals geübte Methode der Vertragsauslegung sei folgender auch in der Rechtsprechung sehr oft ge-

---

[16]) Trautmann, S. 449.
[17]) Vgl. das bei RGZ. 106, 272 angeführte Schrifttum.
[18]) Titze, Kaufmännisches Hilfspersonal, 1918, S. 744.
[19]) Endemann, S. 39.
[20]) Alex Meyer 1906, S. 45.
[21]) Sigel, 1903, S. 52.
[22]) Staudinger, 1912, Anm. 4 zu § 611.

äußerte Gedankengang angeführt[23]). Man müsse, heißt es, zwischen individualisierter und nichtindividualisierter Arbeitsleistung unterscheiden, das heißt, ob sich der Arbeiter zur Arbeit an einer bestimmten Maschine verpflichtet habe oder zur Arbeit schlechthin. Im ersten Falle werde die Arbeit mit dem Untergang der Maschinen unmöglich, im zweiten Falle nicht. Danach richte sich dann der Lohnanspruch. Es kann aber einem Unternehmer, dem seine Fabrik abgebrannt ist, doch ganz gleichgültig sein, ob sein Arbeiter auch an einer anderen Maschine als der gewöhnlichen zur Arbeit verpflichtet ist. Auch diese andere Maschine ist ja untergegangen. Die ganze Art der Fragestellung zeigt, daß es den Schriftstellern in erster Linie auf eine elegante Definition des Vertragsinhaltes ankommt. Die Begriffsbestimmung sollte sich möglichst auch noch bei der Lösung anderer Rechtsfragen verwenden lassen, hier z. B. auch bei der Frage, ob der Unternehmer den Arbeiter in seinem Betriebe ohne weiteres versetzen dürfe. Interessant ist hierbei, daß Enneccerus im Zweifel jeden Vertrag dahin auslegen will, daß der Arbeiter nicht individualisierte Arbeit schulde, also den Lohn behalte, Planck-Andree dagegen umgekehrt. In diesen Schwierigkeiten zeigt sich das Leidwesen einer sich von sozialen Wertungen freihaltenden Rechtslehre. Trautmann[24]) hebt daher für seine Zeit mit Recht hervor, daß durch bloße Vertragsauslegung gerade die wichtigste Frage nicht geklärt würde, nämlich, wie im Zweifel zu entscheiden sei.

Einige Schriftsteller fußen noch in der Überlieferung des gemeinen Rechts und suchen die durch das BGB neu entstandenen Schwierigkeiten dadurch zu überbrücken, daß sie die alte Begriffsbildung übernehmen. So lehrt Lotmar im Jahre 1902[25]), der Annahmeverzug setze die Ablehnung der Leistung voraus. Er kommt so in den Fällen des Betriebsrisikos zur Verneinung des Lohnanspruchs[26]). Das ist eine wörtliche Übersetzung des accipere nolle der römischen Quellen[27]). Aus diesem Ausdruck hatte die gemeinrechtliche Wissenschaft gefolgert, daß Gläubigerverzug eine Art von Schuld und zum mindesten Widerrechtlichkeit der Nichtannahme voraussetze. Das BGB hat mit diesem Satz bewußt gebrochen. Dies ist daher Lotmar mit Recht zum Vorwurf gemacht worden. Kisch spricht im Jahre 1900[28]) von einer in der Person oder Sphäre des Gläubigers eintretenden Unmöglichkeit

---

[23]) Sigel, S. 52; Planck-Andree, Anm. 5 zu § 515 BGB., 1897, Enneccerus, 1. Aufl., 1. Abtlg. II, 416, § 307.
[24]) Trautmann, S. 442.
[25]) Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Band 2, S. 281.
[26]) ebenda, S. 285.
[27]) Windscheid, Bd. 2, S. 313, Anm. 8.
[28]) Kisch, Unmöglichkeit, S. 79.

und geht damit auf noch älteres Recht zurück. Eine Verteidigung dieser Sphärentheorie findet sich auch bei Gustav Rümelin[29]). Diese Ansicht ließ sich vom Standpunkte des BGB aus nicht halten. Sie hat jedoch die Weiterentwicklung wesentlich beeinflußt, so daß die heute herrschende Auffassung von manchen als Sphärentheorie bezeichnet wird.

Der Schlußpunkt der begriffsjuristischen Entwicklung ist im Aufsatz von Oertmann über die Leistungsunmöglichkeit und den Annahmeverzug aus der Zeit des Kriegsendes erreicht[30]). Oertmann gibt für Annahmeverzug keinen Raum[31]). „Das Versagen des Substrats," sagt er[32]), „läßt das Angebot nicht wirksam werden, soweit das Versagen nicht sowohl eine über dessen Stellen hinausgehende Mitwirkungshandlung des Gläubigers, als vielmehr eine Leistungshandlung des Schuldners hintenanhält."

Hier setzt der Schriftsteller stillschweigend voraus, daß die Leistung des Schuldners beim Dienstvertrage in einer Handlung bestehe. Dies ist aber gerade die Frage. Im übrigen kommt Oertmann dann doch in Widerspruch zu seinen eigenen Gedanken zu demselben Ergebnis wie Trautmann, da die sehr zweifelhafte Entscheidung eher zu Gunsten der werktätigen Klasse ausfallen müsse[33]). Hier stehen wir am Ende der begriffsjuristischen Entwicklung. Das immer noch sehr gründliche Abwägen der Meinungen schließt mit einem Verzicht auf eine endgültige Lösung. Der soziale Gesichtspunkt meldet sich zu Worte.

Diesem reichhaltigen Schrifttum steht eine nur wenig umfangreiche und gründliche Rechtsprechung gegenüber. Nach der damaligen Gerichtsorganisation waren höchstrichterliche Entscheidungen ja nur zufällig zu erwarten. Einige Beispiele aus der Vorkriegszeit seien angeführt.

Das Oberlandesgericht Stuttgart entschied im Jahre 1901[34]), daß die Angestellten einer durch ein neues Gesetz verbotenen Privatpost keinen weiteren Lohn verlangen dürften. Das Reichsgericht entschied im selben Jahre[35]), daß ein Angestellter einer Filiale bei deren Auflösung infolge Todes des Filialleiters, das Oberlandesgericht Kolmar im Jahre 1904[36]), daß ein Angestellter beim Tode seines Dienstherrn keinen weiteren Lohn ver-

---

[29]) Dienstvertrag und Werkvertrag. Vermittler war hier Strohal, Iher. Bd. 33, S. 386.
[30]) Arch. zivil. Prax. 116, S. 1, insbesondere 38 ff.
[31]) ebenda, S. 33.
[32]) ebenda.
[33]) Oertmann, Arch. zivil. Prax. 116, S. 39.
[34]) OLG. Bd. 2, S. 502.
[35]) RGJW. 1901, S. 209.
[36]) JW. 1904, S. 421.

langen dürfte. Das Ergebnis wird jedesmal auf Kündigungen aus wichtigem Grunde gestützt. Die Stellungnahme zum Betriebsrisikoproblem wird daher vermieden. Dagegen weist die Rechtsprechung der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte in jener Zeit zahlreiche Entscheidungen zu unserer Frage auf. Diese zeigen jedoch keine einheitliche Linie. Einer Entscheidung des Gewerbegerichts in München aus dem Jahre 1912 liegt zum Beispiel folgender Tatbestand zu Grunde[37]). Arbeitswillige Fliesenleger konnten infolge Streiks ihrer Handlanger einen Nachmittag lang nicht arbeiten. Der Streik wurde durch Reibereien und Beschimpfungen zwischen beiden Arbeitergruppen hervorgerufen. Die Schuldfrage war umstritten. In den Gründen heißt es:[38]) „Es kann nicht § 615 BGB, sondern nur die §§ 323 ff BGB zur Anwendung kommen. Denn es unterbleibt die Annahme der Arbeit nicht nur ohne Verschulden, sondern auch ohne Zutun des Beklagten. Nur so kann man zu einem rechtlich befriedigenden Resultat kommen, das auch der Billigkeit nicht ermangelt. Lotmar Bd. 2, S. 361." Daher kommt das Gericht zur Klageabweisung. Wie wir sehen, folgt der Richter einseitig der Ansicht eines Schriftstellers. Ähnlich spricht das Gewerbegericht Berlin im Jahre 1913[39]) ohne weiteres von Unmöglichkeit[40]).

Der Krieg und die seinem Beginn folgende Verwirrung der Wirtschaft[41]) machte unser Problem zwar brennender, führte aber keinesfalls zu einem Durchbruch neuer Gedanken. Vielmehr erklärte das Reichsgericht auch bei unserer Frage:[42]) „Durch die Vorschriften des geltenden Rechts ist dem Richter nicht die Machtbefugnis erteilt, zur Milderung der Härten des Krieges einen Ausgleich zu schaffen"[43]). Demgemäß blieb alles beim Alten.

Die eben angeführte Reichsgerichtentscheidung enthielt z. B. folgenden Tatbestand. Der Schriftleiter einer Zeitung, die nur nach dem Auslande abgesetzt wurde, verlangte Fortzahlung des Gehalts, obwohl infolge Kriegsausbruchs der Absatz der Zeitung unmöglich geworden war. Der Klage wurde stattgegeben, da eine Unmöglichkeit der Leistung nicht in Frage komme. Umgekehrt wurde es für einen Fall der Unmöglichkeit gehalten[44]), wenn bei

37) GuKG. 18, Jahrg. 1913, S. 182.
38) ebenda, S. 184.
39) GuKG. 18. Jahrg., S. 154.
40) GuKG. 19. Jahrg., S. 195.
41) Vgl. Baum, der Einfluß des Kriegszustandes auf den Arbeitsvertrag. JW. 1914, S. 815 und Auerswald, GuKG. 22. Jahrg., S. 218.
42) RGZ. 87, S. 351.
43) Eine ständige Wendung der Kriegsrechtsprechung.
44) JW. 1918, S. 261, ebenso das KG. im selben Rechtsstreit, JW. 1918, S. 274.

einem Propagandareisenden der Bezirk infolge von Kriegswirren unzugänglich geworden war. Am Ende des Krieges meldete sich auch die wirtschaftliche Not zu Worte. So tauchte 1917 die Frage auf, ob der Lohn weiter zu zahlen sei, wenn infolge der allgemeinen Kohlenknappheit der Betrieb nicht erheizt werden konnte. Die damit befaßten Gewerbegerichte entschieden, soweit ersichtlich, sämtliche zu Gunsten der Arbeiter, da diese in den geheizten Räumen hätten arbeiten können [45]).

Als Gesamtbild der Rechtsprechung bis zum Kriegsende ist also folgendes festzustellen. Die Begründung ist stets streng gesetzestreu. Dabei wählt aber der Richter unter den mehreren ihm von der Wissenschaft gebotenen Begründungsarten diejenige aus, die sein gefühlsmäßig gefundenes Ergebnis am besten zu begründen geeignet schien, ohne auf die in der Wissenschaft entwickelte Fragestellung näher einzugehen. Daß bei der getroffenen Wahl außerrechtliche Gedanken maßgebend sind, wird nur selten und höchstens zweifelnd angedeutet. So betont das Gewerbegericht München im Jahre 1912 [46]), daß sein Ergebnis „auch der Billigkeit nicht ermangele". Hier zeigt sich also eine zweispurige Begründungsart in frühester Form. Keine der angeführten Entscheidung widerspricht unserem jetzigen Rechtsempfinden. Daraus läßt sich vielleicht schließen, daß für den damaligen Richter ähnliche Gedanken unausgesprochen eine Rolle gespielt haben mögen, die jetzt in der Rechtsprechung fest formuliert sind.

3. Die Inflationszeit.

Die Not des deutschen Volkes stieg nach der Novemberrevolution ins Unermeßliche. Sie machte aus unserer Frage eine der wichtigsten des Rechtslebens. Der Geist des Klassenkampfes ließ das Problem zu einer hochpolitischen Angelegenheit werden.

Das Betriebsrätegesetz gab den Gewerkschaften neue Machtmittel in die Hand. Demgemäß stieg die Zahl der Streiks außerordentlich. Die amtliche Streikstatistik weist im Jahre 1915 141, im Jahre 1919 dagegen 3719 und im Jahre 1922 gar 4785 Streiks aus [47]). Das Teilstreikproblem, das schon in der Vorkriegsentscheidung des Gewerbegerichts München angeführt ist [48]), rückte daher in den Mittelpunkt der öffentlichen Aufmerksamkeit. Es wurde streitig, ob Arbeitswillige Lohn verlangen können, wenn sie in-

[45]) Gewerbegericht Stuttgart in GuKG. 22. Jahrg., S. 179, ähnlich andere Gewerbegerichte, ebenda, S. 235 und 292.
[46]) Gewerbegericht München, GuKG. 18. Jahrg., 1913, S. 184.
[47]) Jahrbuch für das Deutsche Reich, 1926, S. 311.
[48]) GuKG. 18. Jahrg., S. 182.

folge eines nicht von ihnen verschuldeten Streiks anderer Arbeiter, sei es im eigenen, sei es im fremden Betrieb, nicht arbeiten können. Dies wurde besonders beim Streik kleiner, aber betriebswichtiger Arbeitergruppen, zum Beispiel der Heizer, wichtig [49]). Nach strenger Trautmann'scher Ansicht wäre der Lohnanspruch der Arbeitswilligen stets zu bejahen. Die Gewerkschaften konnten dann dem Unternehmer die Finanzierung des Streikwesens aufbürden, indem sie planmäßig die Streikparole nur an jene betriebswichtigen Arbeiter ausgaben. Denn die Arbeitswilligkeit der anderen war dann schwer widerlegbar [50]). Auch andere Nöte jener Zeit: Inflation, Blockade, Aufstände und feindliche Besetzung machten sich in der Rechtsprechung bemerkbar.

Demgemäß geht in der Wissenschaft und Rechtsprechung das gesetzestreue Denken über unsere Frage der Auflösung entgegen. Die Zeit neigte in der Rechtsprechung der „freiheitlichen Gestaltung" [51]), haßte die „Leerarbeit" [52]) der reinen Dogmatik und forderte eine soziologische Methode in der Arbeitsrechtswissenschaft [53]). Deshalb finden wir zahlreiche Betrachtungen über unsere Frage, die sich lediglich mit den politischen Folgen einer Rechtsprechung abgeben und hieraus ihr Ergebnis gewinnen. Als Beispiel seien die Streitigkeiten zwischen Buchwald [54]) und Heller [55]) über die Behandlung verschiedener Einzelfälle des Teilstreiks genannt. Die alte Sphärentheorie wird nun wieder belebt. Man erkennt, daß es sich um eine Frage der Gefahrtragung handelt und gebraucht zum ersten Male das Wort Betriebsrisiko. Es kommt zu Sätzen, die sich von dem Gesetz völlig loslösen. Hierzu gehören die Betrachtungen über den Unterschied zwischen dem individuellen und generellen Betriebsrisiko [56]). Insbesondere das Teilstreikproblem wird in seiner sozialen Besonderheit begriffen und gewertet [57]).

Betrachtungen über Paragraphenanwendung werden zwar auch noch angestellt, doch wird auf die außerrechtliche Betrachtungsweise das Hauptgewicht gelegt. Dabei kommt die logische Folgerichtigkeit oft zu kurz. So stellt Kaskel in seinem Aufsatz „Der

---

[49]) Linding, Heizerstreik, 1920, GuKG. 26. Jahrg., S. 172.
[50]) Kaskel, NZfAR. 1922, Spalte 12, Oertmann, ebendort, Spalte 461.
[51]) Oertmann, ebenda, S. 463.
[52]) Schneider, 1922, Über die Methodik, S. 129.
[53]) Sinzheimer, 1922, S. 187.
[54]) Arbeitsrecht, 1922, S. 257.
[55]) Arbeitsrecht, 1922, S. 480.
[56]) Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, 1923, S. 170; Hoeniger, JW. 1922, S. 1703.
[57]) Oertmann, Der Lohnanspruch, NZfAR. 1922, Sp. 461.

Lohnanspruch der Arbeitswilligen bei Betriebsstockungen“ [58]) den Satz auf, dem Arbeitgeber liege eine Pflicht zur Stellung einer zur Arbeit geeigneten Werkstätte ob. Daher liege im Falle einer Betriebsstockung höchstens Schuldnerverzug, nicht Annahmeverzug des Unternehmers vor. Schuldnerverzug erforderte aber ein Verschulden. Der Schuldner hafte also im Falle einer Betriebsstockung nur dann für den Lohn, wenn ihn ein Verschulden treffe. Das Recht des Arbeiters auf tatsächliche Beschäftigung wird mit der Treupflicht des Unternehmers begründet. Es dient aber lediglich dazu, die Haftung des Unternehmers zu mindern [59]). Die in diesem Gedankengang unterstellte Verpflichtung ist von dem damaligen Standpunkte aus lediglich Zweckkonstruktion und willkürlich. Deshalb erlebte die Ansicht Kaskel's allgemeine Ablehnung. Trotz der offenbaren dogmatischen Fehlerhaftigkeit des Aufsatzes war aber die Bedeutung desselben wegen seiner rechtspolitischen Ausführungen groß [60]). Gerade dieser Teil der Ausführungen bestimmte also den Rang eines Schriftwerks [61]). Das ist ein Zeichen der Zeit.

Andere Schriftsteller jener Tage suchen entweder mit Treu und Glauben zu helfen [62]) oder halten an der Trautmann'schen Auffassung fest, machen aber für die Einzelfrage des Teilstreiks doch eine Ausnahme [63]). Hier wird plötzlich mit dem Begriff der Solidarität der Arbeiter operiert [64]). Streng dogmatisch bleiben aus Überlieferung nur die neuen Auflagen der Vorkriegskommentare und -Lehrbücher [65]). Sie bilden ein zurückhaltendes Moment in der Entwicklung.

Die Rechtsprechung der Jahre 1919 bis 1923 spiegelt die verwirrende Vielfalt des Vorkriegs- und Kriegsschrifttums wieder und findet an den neu auftauchenden Gedanken noch keine genügende Stütze. Die Rechtsunsicherheit erreicht ihren Höhepunkt [66]). Eine stichprobenhafte Untersuchung der zahlreichen bei Potthoff-Jadasohn-Meissinger und im Jahrbuch für Arbeitsrecht [67]) abgedruckten gewerbegerichtlichen und landgerichtlichen

---

[58]) Kaskel, NZfAR. 1922, S. 1. Die gleiche Ansicht als Rechtsgutachten in RGZ. 106, S. 272.

[59]) Kaskel, NZfAR. 1922, S. 6.

[60]) ebenda, S. 12 ff.

[61]) Vgl. die Würdigung im RGZ. 106, S. 272.

[62]) Koehler, NZfAR. 1922, S. 473.

[63]) Titze, Zur Risikofrage. JW. 1922, S. 548.

[64]) Potthoff, JW. 1922, S. 551.

[65]) Vgl. statt vieler Staudinger-Nipperdey, Bd. 2, Anm. 26 zu § 615 und das dort angeführte Schrifttum.

[66]) Vgl. die Klagen bei Adler, Arbeitsrecht, 1922 S. 353 und in der Denkschrift der „Ältesten“ der Kaufmannschaft von Berlin, 1919.

[67]) S. 23 bzw. S. 30.

Entscheidungen lehrt, daß die Rechtsprechung nicht nur keine klare grundsätzliche Stellung hat, sondern bei völlig übereinstimmenden Tatbeständen zu verschiedenen Ergebnissen gelangte[68]). Bei unverschuldetem Maschinenunfall entscheidet das Landgericht in Leipzig im Jahre 1923 für Lohnzahlung, das Gewerbegericht Flöha im Jahre 1922 gegen Lohnzahlung[69]). Sehr umstritten ist die Frage des Rohstoff- und Betriebsenergiemangels. Bei Potthoff finden sich für den Fall des zufälligen Aussetzens des elektrischen Stroms zwei Entscheidungen aus diesen Jahren gegen die Lohnzahlung[70]), dagegen eine größere Anzahl für die Lohnzahlung[71]). Ähnlich ist es bei Kohlenmangel infolge allgemeiner Marktschwierigkeiten[72]). Eine wichtige, schon aus der Vorkriegszeit stammende Streitfrage war es, ob der Arbeiter für die Tage, die infolge der durch § 39 HGB vorgeschriebenen Inventur nicht gearbeitet werden konnte, Lohn verlangen dürfe[73]). Ganz verschieden wurde auch der Lohnanspruch bei kriegerischen Ereignissen, die zur Besetzung der Fabrik und deren Stillegung führten, beurteilt[74]). Der Einbruch der Franzosen in das Ruhrgebiet brachte die Meinungsverschiedenheiten zum Ausbruch. Potthoff zitiert zwei Entscheidungen für den Lohnanspruch und zehn dagegen[75]). Daß streikende Arbeiter keinen Lohn verlangen können, ist nicht immer geklärt gewesen. Bei politischem Proteststreik, zum Beispiel gegen die Ruhrbesetzung, liegen widersprechende Urteile vor[76]). Besonders umstritten war freilich die Frage des Teilstreiks. Eine klare Linie läßt sich hier überhaupt nicht erkennen[77]). Die erste Entscheidung der Nachkriegszeit zum Teilstreikproblem fällte das Gewerbegericht Meißen durch Urteil vom 15. Januar 1919. Das Gericht wies den Anspruch der arbeitswilligen Arbeitnehmer ab. Am 6. Oktober 1919 entschied aber das Landgericht I Berlin als erstes zu Gunsten der Arbeiter. Seitdem ergingen eine Unzahl von Urteilen im gleichen Sinne[78]).

Hein[79]) will bemerkt haben, daß bei all diesen Gegensätzen

---

[68]) Verfehlt ist es, mit Buchwald und Heller nach einer herrschenden Meinung zu suchen.
[69]) Potthoff, 829 e, 1927.
[70]) Derselbe, 853, 1927.
[71]) Rotthoff, 853, 831 b, 836, 1927.
[72]) Potthoff, 822, 831 ff. 1927.
[73]) Potthoff, 837—840, 1927.
[74]) Dafür Potthoff 843 b, dagegen 843, 843 a, 842, 1927.
[75]) Potthoff, 843 c. 1927.
[76]) Gewerbegericht Osnabrück und Gewerbegericht Essen 1920, im Jahrb. 1921, S. 31.
[77]) Vgl. Jahrbuch 1920, S. 29 ff.
[78]) Zitiert aus Simson, S. 3.
[79]) JW. 1925, S. 185.

die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte häufiger eine dem Arbeitgeberstandpunkt entgegenkommendere Ansicht vertreten haben als die Landgerichte. Dies ist schwer nachzuprüfen. Allein schon der Verdacht der Arbeiterfeindlichkeit der zuständigen erstinstanzlichen Gerichte beleuchtet die Lage.

Ebenso zwiespältig, wie die Ergebnisse, waren die Begründungen. Dabei herrscht jedoch die Gesetzestreue in der Rechtsprechung noch vor. Man folgte ohne weiteres entweder der Trautmann'schen oder der Lotmar'schen Ansicht. Die bekannte dreibändige Sammlung, in denen die Arbeitnehmerverbände die ihnen günstigen Urteile aufzeichnen ließen, trug die Überschrift: „Unmöglichkeit und Annahmeverzug“ [80]). Es finden sich in den Urteilen aber keine tiefgründigen Erörterungen. Der gewählte Standpunkt wird höchstens durch kräftige Worte unterstrichen [81]) oder durch unklare verschleiert [82]). Nachdem Kaskel seinen Aufsatz veröffentlicht hatte, werden auch seine Gedanken öfters aufgegriffen. So sagt das Gewerbegericht Flöha im Jahr 1922: [83]) „Stets ist es bewußter Inhalt des Arbeitsvertrages, daß der Arbeitgeber die zur Durchführung des Werkes erforderlichen Betriebsgerätschaften zu stellen hat. Vermag der Arbeitgeber diese Voraussetzungen nicht zu schaffen, so wird seine Vertragsleistung unmöglich. Denn für Annahmeverzug ist kein Raum. Es kommt also darauf an, ob unverschuldete oder verschuldete Unmöglichkeit vorliegt“ [84]).

Die meisten Urteilsgründe mögen freilich zweispurig gewesen sein. So sagt das Gewerbegericht Danzig im Jahre 1919: [85]) „Den tatsächlichen Verhältnissen wird das Gesetz nicht so ganz gerecht. Es muß daher von Fall zu Fall entschieden werden, ohne daß sich allgemein die Rechtsfrage entscheiden ließe.“ Das Gesamtbild der Rechtsprechung in der Inflationszeit läßt sich also mit dem Worte kennzeichnen: „Im Ergebnis Unsicherheit, in der Begründung Begriffsmaskerade.“

---

[80]) Vgl. Jahrbuch 1921, S. 33.

[81]) Von Annahmeverzug kann nicht die Rede sein. Gewerbegericht Elberfeld, 1922, 829 i; bei Potthoff, 1927.

[82]) Hierzu zählen Ausdrücke wie technische oder tatsächliche Möglichkeit der Arbeit. LG. Tübingen, Potthoff 1927, 820 e, Gewerbegericht Mühlhausen, ebenda 820 f.

[83]) ebenda, Nr. 820.

[84]) LG. Kassel, ähnlich AG. Ettlingen und GG. Berlin, vgl. Potthoff 1927, 820 b und 821.

[85]) GuKG. 24. Jahrg., Seite 76.

C. Das Ringen des Richterrechts.

1. Das Urteil des Reichsgerichts vom 6. 2. 1923.

In dieser Verwirrung hinein kam das bekannte Reichsgerichtsurteil vom 6. Februar 1923 im 106. Bande, Seite 272. Um uns klarzumachen, in welcher äußeren Lage dieses Urteil entstanden ist, brauchen wir uns nur die Zustände der Hochinflation vergegenwärtigen. Sie waren dem Gesetzesgehorsam nicht günstig. Was die materielle Frage anbetrifft, so warf damals der nie zum Gesetz gewordene Entwurf eines Arbeitsrechts seinen Schatten voraus [1]). Dieser regelte im § 76 auch die Frage des Betriebsrisikos und zwar im modernen Sinne einer Risikoteilung.

Der Tatbestand des Urteils war folgender. Bei der Kieler Straßenbahn streikten die Arbeiter des betriebseigenen Elektrizitätswerks. Das Fahrpersonal blieb arbeitswillig und verlangte Lohn für die infolge des Streiks ausfallenden Arbeitstage. Das Urteil verneinte den Lohnanspruch. In den Urteilsgründen wird zunächst das Schrifttum breit erörtert und insbesondere die Ansicht Kaskel's scharf zurückgewiesen. Diese Ausführungen gipfeln in dem Satz: „Man darf aber, um zu einer befriedigenden Lösung des Streites zu gelangen, überhaupt nicht von den Vorschriften des BGB ausgehen, muß vielmehr die sozialen Verhältnisse ins Auge fassen, die sich seitdem entwickelt und in der Gesetzgebung der neuesten Zeit auch ausdrücklich Anerkennung gefunden haben." Zwei soziale Gedanken werden sodann vom Reichsgericht in den Mittelpunkt der Betrachtung gestellt. Der erste geht mehr vom Arbeiter, der zweite vom Unternehmer aus. Zunächst wird die Solidarität der Arbeiter hervorgehoben und mit dem Betriebsrätegesetz begründet. Aus ihm wird abgeleitet, daß der Arbeiter ein Glied der Arbeitsgemeinschaft sei und daher, wenn diese Arbeitgemeinschaft aus Gründen, die nicht vom Unternehmer ausgehen, versage, die Folgen billigerweise nicht nur diesen treffen könnten [2]). Zweitens wird der Satz aufgestellt, daß die Betriebserträgnisse die Grundlage der Lohnzahlung seien und dem Unternehmer nicht zugemutet werden könne, für die Lohnzahlung aus anderen Mitteln zu sorgen, wenn infolge Handlungen der Arbeiterschaft die Einnahmen versiegten. Als Schlußerwägung folgt schließlich nur ein Hinweis auf die Gefahr des stillen Einverständnisses der Arbeitswilligen.

An diese sozialen Gedanken reiht sich nun aber auffälligerweise der Satz [3]): „Dieses Ergebnis läßt sich auch ohne Schwierig-

[1]) Abgedruckt in einem Sonderhefte des Reichsarbeitsblattes 1923.
[2]) RGZ. Bd. 6, S. 275.
[3]) RGZ. 106, S. 276.

keiten den Vorschriften des BGB einfügen." Hierauf wird ohne tiefgründige Erörterungen die Behauptung aufgestellt, es liege Unmöglichkeit der Leistungen der Arbeiter vor. Die Prüfung, ob die Unternehmerin im Arbeitskampfe vielleicht Unrecht gehabt und den Streik damit verschuldet habe, wird als außerhalb der Aufgaben der Gerichte liegend abgelehnt. Schließlich wird darauf hingewiesen, daß auch bisher die Gerichte meistens im Ergebnis ähnlich entschieden hätten. Im Schlußsatze wird ausdrücklich vor Verallgemeinerungen gewarnt und das Ergebnis auf einen Teilstreik innerhalb desselben und zwar eines größeren Betriebes eingeschränkt.

Das Urteil erkennt klar die Unmöglichkeit einer rein gesetzestreuen Lösung und damit die Notwendigkeit einer außergesetzlichen Beantwortung der Frage. Die wissenschaftlichen Streitfragen werden nur deshalb so breit erörtert, weil bewiesen werden soll, daß auf diesem Wege eine Antwort nicht zu erwarten ist. Die sozialen Erwägungen sind aber noch ein vorsichtiges Tasten. Es fehlt an einem festen Ausgangspunkt. Nirgends wird darauf hingewiesen, daß es sich um eine Risikofrage handele. Vielmehr wird der Eindruck erweckt, als solle ein Verschulden gefunden werden, für das die Arbeitswilligen einzutreten hätten. Der Hinweis auf den stillen Streik unterstreicht dies. Allgemeine Richtlinien werden nicht aufgestellt. Es finden sich vielmehr eine Anzahl Gedanken nebeneinander, deren Verhältnis zueinander nicht ganz klar ist. Liegt nun das Hauptgewicht auf dem Solidaritätsgedanken oder dem Betriebslohnfondsgedanken? Anscheinend sollen beide das Urteil stützen. Für Vorsicht zeugt auch die Einschränkung des Ergebnisses auf große Betriebe. Warum sollen dieselben Erwägungen bei einem kleinen Betrieb nicht gelten, in dem doch der Arbeiter auch organisiert ist und die Betriebserträgnisse die Grundlage der Lohnzahlung bilden? Anscheinend soll für das Ergebnis die Höhe der geltend gemachten Ansprüche eine gewisse Rolle spielen. Dies ist freilich nicht ausgesprochen.

Von der gleichen Unsicherheit zeugt auch der geradezu fremdartige Gedanke der Einfügung des Ergebnisses in das BGB.

2. Weiterentwicklung bis zum Arbeitsgerichtsgesetz.

Das Urteil erregte großes Aufsehen, hatte aber keinesfalls sofort volle Wirkung. Für das Verständnis ist ein Blick auf den Widerhall im Schrifttum unerläßlich.

Dabei interessiert uns nicht so sehr die Anzahl der Zustimmungen und Ablehnungen, als vielmehr die Um- und Mißdeu-

tungen, die das Urteil erfahren hat. Denn sie zeigt uns den Grad des geistigen Widerstandes, der noch zu überwinden war. Es konnte bei der Vielfalt der Urteilsgründe nicht fehlen, daß einzelne Teile aus ihnen herausgegriffen und zu eigenen Theorien ausgebaut wurden, die das Reichsgericht angeblich vertreten haben sollte. So wurde die Erwähnung des § 323 BGB als der entscheidende Gesichtspunkt gewertet und die Behauptung aufgestellt, das Reichsgericht habe sich der Unmöglichkeitstheorie angeschlossen [4]). Aber auch die sozialen Gedanken des Reichsgerichts wurden aus dem Zusammenhang gerissen. So redete Claren von einer Betriebslohnfondstheorie des Reichsgerichts [5]). Er sieht als entscheidenden Gedanken an, daß es dem Unternehmer nicht zuzumuten sei, aus anderen Mitteln als den Betriebseinnahmen für Lohnzahlung zu sorgen. Indes knüpft das Reichsgericht an diesen Satz den Nebensatz: „Wenn die Ursachen für die Betriebsstörung bei der Arbeiterschaft liegen," Mehr Beifall verdient es schon, wenn Simson [6]) den Gedanken der Solidarität der Arbeiter als den wichtigsten unterstreicht. Der Solidaritätsgedanke hat zwar nur für das Teilstreikproblem eine Bedeutung. Bei der Frage der Lohnzahlung bei Fabrikbrand usw. kann es auf die Solidarität der Arbeiter untereinander nicht ankommen. Aber das Teilstreikproblem hat gegenüber dem allgemeinen Betriebsrisikoproblem eine eigene Geschichte. Vielfach ist ja die Meinung vertreten worden, daß nur in diesem Punkte eine Durchbrechung des BGB geboten sei. Auch das Reichsgerichtsurteil will seine Bedeutung auf diese Frage einschränken, wie die weitgehenden Vorbehalte in den letzten Sätzen der Urteilsgründe beweisen. Das Urteil hat aber, wie die Zukunft zeigte, eine hierüber hinausgehende grundlegende Bedeutung. Diese läßt sich mit dem Schlagwort „Solidarität der Arbeiter" nicht erledigen [7]).

Andere Stellungnahmen erkennen zwar die umfassende Bedeutung des Urteils, suchen aber sein Verständnis mehr aus Gedanken zu gewinnen, die aus der Vergangenheit geschöpft sind. Hierzu gehört Harmsen. Gestützt auf Goethe und Gierke [8]) versucht er, das Ergebnis des Reichsgerichts aus der Idee des altgermanischen Treudienstvertrages heraus zu begründen [9]). Dieser Gedanke ist für die damalige Zeit wenig wirklichkeitsnah, zumal

[4]) Vgl. Herschel, Arbeitsrecht, 1923, S. 681.
[5]) Claren, Das Betriebsrisiko, S. 42.
[6]) Simson, Der Teilstreik, S. 28.
[7]) Das erkennt auch Simson, S. 23 an, wenn er auch eine solche Verflüchtigung seiner Gedanken ablehnt.
[8]) Harmsen, S. 53.
[9]) Derselbe, S. 58.

wenn man das Ergebnis allein darauf stützen will[10]). Dies tut aber Harmsen, wenn er es einfach als die Idee des Dienstvertrages bezeichnet, daß der Arbeitgeber Herr der Arbeitskraft des Arbeitnehmers wird und auf dieser doch sehr umstrittenen Behauptung sein Ergebnis aufbaut[11]).

Einen Rückblick in die Vergangenheit bedeutete es schließlich auch, wenn man die Theorie des Reichsgerichts nur als eine Wiederbelebung der alten Sphärentheorie begreifen wollte. Hedemann hat diese Ansicht sehr sorgfältig begründet[12]). Sie ist heute wohl als die herrschende zu bezeichnen[13]). Der Hauptbeweisgrund Hedemanns ist seine Behauptung, daß mit dem Urteil der Gedanke der Risikoteilung neu aufgetaucht sei[14]). Dies ist aber vom Reichsgericht keinesfalls deutlich ausgedrückt worden. Freilich hat das Urteil mit der Sphärentheorie gemeinsam, daß es nicht mit Trautmann stets zu Gunsten der Arbeiter entscheidet. Das Wesen der Sphärentheorie besteht aber darin, daß darauf abgestellt wird, in wessen Bereich das schadenbringende Ereignis eintritt. Wie man die Grenze auch immer ziehen mag, so kommt es doch nur auf die Ursache des Unglücks an, nie aber auf die Wirkung. Das Urteil läßt aber zum mindesten den Weg offen, auch auf die Wirkung abzustellen, namentlich auf die Höhe der ausgefallenen Betriebseinnahmen. Dahin deutete der Satz, daß dem Unternehmer nicht zuzumuten ist, anderswoher Geld zu besorgen, und die Einschränkung auf die Großbetriebe[15]).

Am richtigsten dürfte es daher sein, in dem Urteil überhaupt noch nichts Fertiges zu sehen. Es ist der erste Durchbruch des Richterrechts. Gehen wir davon aus, so können wir in gleicher Weise die Lobsprüche wie den Tadel berechtigt finden, der in dem Streit um dieses Urteil geäußert worden ist. Wir können die Kühnheit loben[16]), und dürfen doch nicht vergessen, daß die Erwägungen des Reichsgerichts im einzelnen sehr umstritten waren[17]), daß sie zur Anarchie und Prozeßsucht führen konnten[18]) und daß mindestens in der damaligen Zeit des Klassenkampfes[19]) der Begriff von Treu und Glauben wenig tragfähig war[20]), ja allzu

---

[10]) Vgl. die Kritik von Rietzler, JW. 1926, S. 517.
[11]) Harmsen, S. 81.
[12]) Hedemann, Lohnzahlung, S. 209 ff.
[13]) Staudinger-Nipperdey, Anm. II, 2 b zu § 615; Enneccerus, 12. Auflage, Bd. 2, S. 524.
[14]) Hedemann, Lohnzahlung, S. 209.
[15]) Das bemerkt mit Recht Lehmann, NZfAR. 1932, Spalte 6.
[16]) Silberschmidt, S. 5.
[17]) Kaskel, Arbeitsrecht, 1932, S. 189.
[18]) Neumann, Arbeitsrechtspraxis, 1928, S. 219.
[19]) Krückmann, LZ. 1926, S. 9.
[20]) Vollbrecht, ArbR. 1926, S. 776, und Neumann, aaO.

leicht zu einer Benachteiligung der ärmeren Schichten führen konnte. Deshalb wurde das Urteil gerade von den arbeiterfreundlichen Schriftstellern abgelehnt [21]). Demgegenüber ist aber nicht zu vergessen, daß die Rechtsunsicherheit auch schon vorher bestanden hatte, daß also eine „logisch juristische Begründung, die auf geheimen ethischen und staatspolitischen Vorabentscheidungen beruht, nur mit einer offen ethischen und staatspolitischen Begründung vertauscht worden war" [22]). Der Durchbruch des Richterrechts ist also eine Krisis, die zum Guten und Schlechten ausschlagen kann, in jedem Falle aber notwendig ist.

Die Unsicherheit des Reichsgerichts und die ablehnende Kritik, die es vielerorts erfuhr, führte dazu, daß sich seine Meinung bei den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten bis zu deren Abschaffung im Jahre 1927 eigentlich nicht durchsetzte. Die Tatsache, daß mit dem Jahre 1924 die Zahl der Streiks wieder abnahm [23]), mag auf die Entwicklung einschläfernd gewirkt haben. Von den bei Potthoff [24]) benannten Gewerbegerichtsentscheidungen spielen nur zwei auf die Reichsgerichtsentscheidung an. Nach der einen trägt die Arbeiterschaft „die Gefahr der Betriebsstätte" [25]). Also tritt Lohnausfall ein, wenn etwa eine Maschine versagt. Dieses Urteil geht ersichtlich von der Sphärentheorie aus, die ja dem Reichsgericht unterschoben wurde. Auch in der Entscheidung des Landgerichts Gera vom Jahre 1924 [26]) wird vom Betriebsrisiko geredet. Eine ausdrückliche Billigung der reichsgerichtlichen Ansicht findet sich aber, soweit ersichtlich, nirgends. Vielmehr bewegen sich die Urteile im alten Gedankenkreise. Das Reichsgericht hatte nur noch einmal die Gelegenheit, seine Meinung aufrechtzuerhalten [27]). Es handelte sich dort übrigens nicht um die Betriebsrisikofrage, sondern um ein anderes Problem des Arbeitsrechts.

3. Die erste Zeit der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung.

Einen Einschnitt in unsere Entwicklung bedeutete die Einführung der Arbeitsgerichtsbarkeit im Jahre 1927. Sie brachte die Ausgliederung der zuständigen Gerichte aus der kommunalen

---

[21]) Potthoff, „Arbeitsrecht", 1926, S. 492. „Verlustgemeinschaft" und LZ. 1927, Sp. 1176.
[22]) Bendix, „Arbeitsrecht" 1929, S. 129.
[23]) Vgl. Stat. Jahrb. 1926, S. 311.
[24]) Rechtsprechung des Arbeitsrechts, 1924 bis 1927.
[25]) ebendort, Nr. 826.
[26]) Potthoff, Die Rechtsprechung des Arbeitsrechts, 1927, Nr. 827.
[27]) Vgl. RGZ. 113, S. 89.

Selbstverwaltung und eine Erweiterung des Instanzenzuges. Bisher waren die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, manchmal auch die Amtsgerichte zuständig. Die Vorsitzenden der ersteren Gerichte waren nach den §§ 11 und 12 des Gewerbegerichtsgesetzes und des § 16 des Kaufmannsgerichtsgesetzes Magistratsbeamte. Sie brauchten nicht Juristen zu sein, waren aber in der Regel Magistratsräte.

In den Arbeitsgerichten sind dagegen nach § 18, Absatz 2 Arbeitsgerichtsgesetz in der Regel und in der Praxis stets ordentliche Richter Vorsitzende. Anstelle des in die Verwaltung eingegliederten Juristen trat also der Justizjurist. Der Rechtszug war bisher in der Regel beim Landgericht erschöpft. An das Reichsgericht konnte die Frage bei bessergestellten Angestellten[28]) oder bei Vereinbarung der landgerichtlichen Zuständigkeit[29]) und bei Erreichung der hohen Revisionssumme gelangen. Nunmehr ließ § 72 des Arbeitsgerichtsgesetzes die Revision an das Reichsarbeitsgericht bei grundsätzlichen Fragen selbst bei kleinstem Streitwert zu. Tatsächlich haben von den 675 Revisionen des Jahres 1928 nur 175 die Revisionssumme erreicht[30]).

Daß jedoch die anderweite Eingliederung der Gerichte in unserem Falle keine entscheidende Wirkung hatten, zeigen die veröffentlichten Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte aus dem Jahre 1927. Sie kennen alle das Reichsgerichtsurteil vom 6. Februar 1923, gehen aber davon aus, daß dieses Urteil die Unmöglichkeitstheorie vertreten und zur herrschenden Meinung erhoben habe. Dieser Irrtum bedeutet die gradlinige Fortsetzung der von uns geschilderten gewerbegerichtlichen Rechtsprechung.

Die Entscheidung des LAG Oldenburg vom 27. Oktober 1927[31]) behandelt folgenden Tatbestand. Zwei Arbeiter waren von einem Rittergutsbesitzer für einen Tag früh um 7.00 Uhr zum Dreschen bestellt. Infolge eines Schadens an der Dreschmaschine verzögerte sich ihr Arbeitsbeginn um 3 Stunden. Der Lohn wird ihnen entsprechend gekürzt. Ihre Klage auf den Lohnunterschied wurde etwa aus folgenden Gründen abgewiesen. Die beiden Kläger seien ausdrücklich nur für die Arbeit an der Dreschmaschine angenommen worden[32]). Daher liege bei Versagen dieser Maschine Unmöglichkeit der Leistung vor. Damit entfalle auch der Lohn-

---

[28]) § 3 Abs. 2 Gewerbegerichtsgesetz.

[29]) Keine ausschließliche Zuständigkeit in § 4 Gewerbegerichtsgesetz.

[30]) Vgl. die Übersicht in JW. 1930, S. 396.

[31]) Arbeitsrechtsprechung, Bd. 2 LAG., S. 87. Alle kommenden Zitate sind aus jener Sammlung entnommen, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bemerkt wird.

[32]) Hier wird der schon oben erwähnte Unterschied zwischen individuell und generell bestimmter Arbeit aufgegriffen.

anspruch des Klägers. Dies sei auch die Rechtsansicht, die im Reichsgerichtsurteil vom 6. 2. 1923 geäußert sei. Das Landesarbeitsgericht vertritt also eine rein auf das BGB gestützte Unmöglichkeitstheorie. Ebenso bezeichnet das LAG Magdeburg am 22. 12. 1927 es als herrschende Meinung, daß die §§ 323 BGB ff. anzuwenden seien [33]).

Auch die Gerichte, die zu einem anderen Ergebnis kommen wollen, verfallen dem gleichen Irrtum. Bezeichnend hierfür ist die Entscheidung des LAG Münster vom 22. September 1927 [34]). Die Arbeiter einer Grube hatten feiern müssen, weil der Unternehmer sich infolge unvorhergesehen schlechter Flözverhältnisse auf einer anderen Zeche in Zahlungsschwierigkeiten befand und daher kein Sprengstoff und kein Holz bekam. Das LAG entwickelt umständlich alle im Schrittum und der Rechtsprechung geäußerten Meinungen und führt dabei das Reichsgericht als einen Vertreter der Unmöglichkeitstheorie an [35]). Dann wird fortgefahren: „Das LAG kann sich aber der herrschenden Meinung nicht anschließen. Es hält vielmehr die von Trautmann verfochtene Lehre für die richtige. Die herrschende Meinung verstößt gegen das natürliche Rechtsempfinden und den natürlichen Verstand, ist aber auch aus rechtlichen Gründen abzulehnen. Der Begriff der Leistung deckt sich mit dem Arbeitsbereitschaft. Dies entspricht Treu und Glauben und der Analogie der Miete." Die Entscheidung zeigt durch die Schärfe ihrer Sprache eine deutliche Unzufriedenheit mit dem bisherigen Rechtszustande. In der Methode ist sie jedoch unklar. Sie bringt alte und neue Gedanken durcheinander. Freirecht ist es, wenn immer wieder das Wort „natürlich" wiederholt wird. Dogmatisch sind die Erörterungen, mit denen der Begriff der Dienstleistung herausgearbeitet wird. Mit der Heranziehung der entsprechenden Bestimmungen aus dem Mietrecht geht das LAG sogar auf gemeines Recht zurück. Dabei wird nicht einmal eine Rangordnung der Gedanken angedeutet.

Die Entscheidung des LAG Görlitz vom 17. November 1927 [36]) zeigt einen ähnlichen Aufbau. Es handelt sich um einen Fall kurzfristigen Wassermangels in einer Fabrik. Das Urteil berücksichtigt bei seiner Begründung aber noch stärker soziale Gedanken als das vorher geschilderte Urteil. Auch hier sieht man nur ein Tasten.

Merkwürdig ist, daß der Richter in beiden Fällen umfangreiche

---

[33]) ArbRspr. Bd. 2, LAG. S. 119.
[34]) ArbRspr. Bd. 1, LAG. S. 142.
[35]) Vgl. alle im Folgenden zitierten Entscheidungen, in denen sich die gleiche umständliche Erörterung vorfindet.
[36]) ArbRspr. Bd. 1, LAG., S. 358.

Betrachtungen über die Betriebsrisikofrage anstellt, dann aber doch auf Grund tariflicher Bestimmungen zu einem Ergebnis kommt, das nach seiner Ansicht von der gesetzlichen Regelung abweicht. Die Erörterungen waren also an sich für das Ergebnis unnötig. Das ist aber ein Zeichen dafür, wie sehr die Frage dem Gericht am Herzen lag.

Im Gegensatz zu diesen Versuchen, etwas Neues zu schaffen, übt das Reichsarbeitsgericht in den ersten einschlägigen Entscheidungen aus dem Frühjahr 1928 Zurückhaltung. Die im zweiten Bande der Sammlung Bensheimer veröffentlichten Urteile aus jener Zeit schildern alle zunächst die Streitlage in der Wissenschaft. Sie erklären aber, daß die grundsätzliche Frage im vorliegenden Falle der Beantwortung nicht bedürfe. Einmal wird auf den Tarifvertrag abgestellt, obwohl seine Anwendbarkeit fraglich war [37]). Ist keine ausdrückliche Bestimmung vorhanden, so hilft man sich mit einer stillschweigenden. In dem Urteil vom 7. März 1928 liegt folgender Fall vor [38]). Die bis zum 15. September fest angenommene Kapelle eines Seebades wird zeitiger entlassen, weil das Scharfschießen der Küstenbatterie entgegen einer ausdrücklichen Zusicherung der Kommandantur früher beginnt und das Bad infolgedessen polizeilich geschlossen wird. Das Reichsarbeitsgericht führt aus, es sei wahrscheinlich, daß die Kapelle den Dienstvertrag nicht oder nur zu einem höheren Lohn abgeschlossen haben würde, wenn sie von einer vorzeitigen Beendigung des Verhältnisses als im Bereiche der Möglichkeit liegend Kenntnis gehabt hätte. Das Risiko habe nach dem stillschweigenden Sinn und Wesen des Arbeitsvertrages der Arbeitgeber zu tragen.

Es wird hier also eine stillschweigende Vertragsbestimmung unterstellt [39]). Geht dies nicht, so beruft man sich allein auf Treu und Glauben. Hierzu gehören die Urteile vom 1. Februar 1928 [40]), bei den Arbeiter wegen Elektrizitätsmangels infolge Versagens eines fremden Kraftwerkes eine Stunde aussetzen mußten, und vom 30. April 1928 [41]), dem oben zitierten Dreschmaschinenfall des LAG Oldenburg. Das Reichsarbeitsgericht vertritt in diesen Entscheidungen den Satz, daß kleinere Arbeitsausfälle nach Treu und Glauben vom Arbeitgeber getragen werden müßten und enthält sich demgemäß grundsätzlicher Erörterungen.

---

[37]) ArbRspr. Bd. 2, RAG., S. 24 vom 1. 2. 1928.

[38]) ArbRspr. Bd. 2, RAG. 135, ebenso das LAG. Hamburg in dem bestätigten Urteil, ebenda S. 117.

[39]) Vgl. die Anmerkung von Hueck, aaO.

[40]) ArbRspr. Bd. 2, RAG., S. 86.

[41]) ArbRsp. Bd. 2, RAG. S. 229, amtlich Bd. 1, S. 339.

Diese mit Spannung erwarteten Urteile erregten einige Enttäuschung [42]). Sie vermeiden nicht nur eine Stellungnahme zu dem bisherigen Schrifttum, sondern geben auch keine Anhaltspunkte für die Zukunft. Denn sie gehen bewußt von der Lage des Einzelfalles aus [43]). Indes wird der § 242 BGB nicht nur als Notbehelf angewendet, sondern er gilt als Brücke zur „Berücksichtigung der für das Arbeitsrecht maßgebenden wirtschaftlichen und sozialen Gedanken" [44]).

Damit wird aber klar, daß das RAG an den Grundgedanken des Reichsgerichts festgehalten hat, ja ihn wiedererweckt hat, daß das Ergebnis allein in freier richterlicher Rechtsbildung gefunden werden kann. Das Reichsgericht wird sogar insoweit fortgeführt, als der Gedanke der freien Rechtsfindung auf das Gesamtproblem und nicht mehr nur auf die Teilstreikfrage bezogen wird. Durch die Arbeiterfreundlichkeit des Ergebnisses wird schließlich von den Gerichten der Ruf genommen, als müßte das Richterrecht immer nur dazu herhalten, einen in Not befindlichen Unternehmer zu retten. Denn die weniger fortschrittlichen Landesarbeitsgerichte kommen überall zum entgegengesetzten Ergebnis.

Eine richtungsgebende Bedeutung konnten aber diese Urteile nicht erlangen. Das zeigt am besten die beiden einschlägigen Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte aus dem dritten Bande der Sammlungen Bensheimer. Das Landesarbeitsgericht Köln fällte am 18. April 1928 ein Urteil [45]), das in seinem Aufbau ganz dem Urteil von Münster und Görlitz aus dem Vorjahr entspricht. Nach ausführlichem Bericht über den wissenschaftlichen Streitstand und gründlicher Anführung der miteinander kämpfenden Gedanken entscheidet man sich für eine alte Theorie. Die Ansichten des Reichsarbeitsgerichts werden dabei mit folgendem Satz abgetan: „Es ist verfehlt, aus dem Urteil des Reichsarbeitsgerichts vom 1. Februar 1928 den Schluß zu ziehen, daß das Reichsarbeitsgericht der Ansicht des Reichsgerichts grundsätzlich folge, da es nur aus den Besonderheiten des Falles die Zahlungspflicht des Arbeitgebers bejaht." Wer selbst unsicher ist und seine Meinung nur vorsichtig äußert, darf eben nicht auf Gefolgschaft rechnen. Daß dieser Mißerfolg aber kein allgemeiner war, beweist das fortschrittlichere Urteil des Landesarbeitsgericht Elberfeld vom 4. April 1928 [46]).

---

[42]) Vgl. die Anmerkung von Hueck zu den 4 Urteilen.
[43]) ArbRsp. Bd. 2, RAG., S. 229.
[44]) ebenda.
[45]) ArbRspr. Bd. 3, LAG., S. 121.
[46]) ArbRspr. Bd. 3, LAG., S. 127.

In einem organisierten und über ein ganzes Wirtschaftsgebiet ausgedehnten Lohnkampf der Textilarbeiter wurde schon in vielen Betrieben in immer stärkerem Maße gestreikt. Die Bestreikung des Betriebs des Beklagten drohte daher unmittelbar. Der Arbeitgeberverband beschloß nunmehr die Aussperrung aller Arbeiter als Gegenmaßnahme, was der Beklagte auch ausführte. Dadurch entstand nach wenigen Tagen für die nicht im Lohnkampf befindlichen Meister des Betriebes Arbeitsmangel. Da diese Meister die Ausführung nichtmeisterlicher Arbeit verweigerten, konnten sie nicht arbeiten. Das Landesarbeitsgericht wies ihre Klage auf Lohnzahlung ab. Es ging dabei von dem Reichsgerichtsurteil aus dem Jahre 1923 aus. „Es wird," heißt es, „nicht verkannt, daß der Tatbestand, wie er im Reichsgerichtsurteil zu Grunde lag, sich mit dem vorliegenden nicht vollkommen deckt und deshalb ein Fortschreiten über das Reichsgerichtsurteil hinaus notwendig ist. Gleich gelagert sind beide Fälle insofern, als die eine Berufsgruppe streikte und so einer anderen Lohnausfall verursachte, ferner, daß die letztere Berufsgruppe arbeitswillig war. Verschieden sind beide Fälle dadurch, daß in dem damaligen Fall der Wirtschaftskampf sich auf einen einzigen Betrieb beschränkte, während hier die beiderseitigen Organisationen mit zahlreichen Betrieben einander gegenüberstanden, ferner, daß damals nur die Arbeitnehmer mit den Kampfmitteln des Streiks vorgingen, während hier die Arbeitgeber den Streik mit der Aussperrung beantworteten, endlich, daß damals unmittelbare Arbeitsunmöglichkeit vorlag, während hier im Betriebe der Beklagten erst die Aussperrung, die nicht aus unbedingt zwingenden Gründen eintreten mußte, die Arbeitsunmöglichkeit der Kläger zur Folge gehabt hat. Die Verschiedenheit des Falles rechtfertigt aber eine verschiedene Behandlung nicht. Entscheidend ist die Verbundenheit der Arbeitnehmerschaft unter sich."

Diese Entscheidung geht über die gleichzeitigen Urteile des Reichsarbeitsgerichts insoweit nicht hinaus, als sie nur einen Einzelfall entscheiden will. Interessant ist aber die Veränderung der Methode. Das Gesetz als fingierter Hintergrund, vor dem der Einzelfall als eine Ausnahme erscheint, wird fallen gelassen. Die Entscheidung schreitet von einem gesicherten Ergebnis aus in mühsamer Vergleichung der einzelnen Tatbestandsstücke gleichsam in ein unbekanntes Gebiet hinein. Diese Art der Rechtsbildung erinnert an englisches Präjudizienrecht. Sie erscheint bei unserem Problem, soweit ersichtlich, nur hier. Für ein unteres Gericht, das sich keine Maßgeblichkeit beilegen durfte, war sie wohl angemessen. Die grundlegende Entscheidung konnte nur das Reichsarbeitsgericht fällen.

D. Die Festigung und der Ausbau des Richterrechts.

1. Das Urteil des Reichsarbeitsgerichts vom 20. Juni 1928.

Wieder war es der Streik, der zur Weiterführung der alten Gedanken Anlaß gab. Grundlegend wurde das Urteil des Reichsarbeitsgerichts vom 20. Juni 1928 [1]). Infolge eines großen mitteldeutschen Braunkohlenbergarbeiterstreiks litt eine Glashütte an Kohlenmangel und mußte aussetzen. Die Arbeiter verlangten Fortzahlung des Lohns.

Das Reichsarbeitsgericht schließt sich zunächst der schon vom Reichsgericht ausgesprochenen Auffassung an [2]), daß die Lösung der Frage nicht allein und auch nicht in erster Linie aus den Bestimmungen des BGB, sondern aus dem modernen Arbeitsrecht und den modernen Arbeitsrechtsverhältnissen zu entnehmen ist.

Das Zusammenwirken der Unternehmer und der Arbeiterschaft bilde heute die Grundlage des Betriebes. Den durch das Betriebsrätegesetz erweiterten Rechten der Arbeiter entsprächen auch erweiterte Pflichten. Da die Arbeiter jedoch nicht am Betriebsgewinn beteiligt seien, sei ihr Gefahrenkreis beschränkt. Wie weit dieser Kreis zu ziehen sei, sei nicht aus § 323 BGB, sondern aus § 242 BGB nach den Umständen des Falles zu entscheiden. Allgemeine Grundsätze ließen sich nicht aufstellen. Aus dem Gesichtspunkte der Betriebsverbundenheit ergäben sich jedoch folgende Richtlinien: [3])

1. Beruht die Betriebsstillegung auf einem Verhalten der Arbeitnehmerschaft, so muß das Risiko von den Arbeitnehmern getragen werden.
2. Dinge, die die Führung des Betriebes betreffen, gehen nur den Unternehmer an.
3. Dinge, die den Bestand des Unternehmens betreffen, haben auch die Arbeiter mitzutragen.
4. Betriebsstörungen, die den Bestand des Betriebes nicht unmittelbar ergreifen, können sich doch in ihren Folgen so stark auswirken, daß sie den Bestand selbst gefährden, insofern der Betrieb nicht in der Lage ist, die wirtschaftlichen Nachteile zu tragen.

Demgemäß kommt das Urteil zu einer Zurückverweisung. Es würde an sich nahe liegen, heißt es, die Folgen der durch die

---

[1]) ArbRspr. Bd. 3, RAG., S. 116, amtlich Bd. 2, S. 72.
[2]) ArbRspr. Bd. 3, RAG., S. 120.
[3]) ebenda, S. 122.

Nichtbeschaffung der Kohle entstandenen Betriebsstockungen dem Unternehmer allein zur Last zu legen [4]). Es bedarf aber der Prüfung, ob nicht der mitteldeutsche Braunkohlenstreik in seiner Auswirkung eine andere Beurteilung gebiete.

Das Urteil bedeutet den Endsieg des Richterrechts. Zwar finden sich einige Reste der zweispurigen Begründungsart. Die Lösung soll, wie es in der Einleitung heißt, nur nicht in erster Linie aus dem BGB gefunden werden. In Wirklichkeit finden sich aber auch hilfsweise keinerlei dogmatische Erörterungen. Der § 242 BGB wir noch angeführt, dient aber nicht nur praktisch, wie bisher, sondern auch theoretisch dazu, das BGB durch ein ganz andersartiges Gedankengefüge zu ersetzen. Es findet keine Beschränkung der Gesetzesdurchbrechung auf den Einzelfall mehr statt. Das Wort, daß nach den Umständen des Falles zu entscheiden sei, hat hier eine andere Bedeutung als in den ersten Urteilen des Reichsarbeitsgerichts. Dort bedeutet es, daß im Einzelfalle ein Durchbruch durch das Gesetz erfolgen müsse, daß auf seinen Inhalt daher nicht mehr näher geprüft zu werden brauche, hier, daß das Gesetz schlechthin den Umständen des Falles, d. h. aber dem Richterrecht, weichen müsse. Das Gesetz wird also nunmehr auch theoretisch als Hintergrund gänzlich beseitigt, nachdem es schon vorher praktisch aus dem Vordergrund des Rechtslebens ganz verdrängt war.

Es hätte nahe gelegen, ausgehend von der Teilstreikentscheidung des Reichsgerichts, die dort entwickelten Grundsätze auch auf den Streik im fremden Betriebe auszudehnen. Ein Hinausgehen über die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Elberfeld wäre dies insofern gewesen, als hier der Lohnkampf den Betrieb des Beklagten gar nichts anging, dieser vielmehr nur von der mittelbaren Wirkung des Streiks, dem Kohlenmangel, betroffen wurde. Dieser Weg ist nicht beschritten worden. An den Grundsätzen des Reichsgerichts wird zwar im engen Rahmen festgehalten. Im übrigen werden aber ganz neue Linien aufgezeigt.

Bedeutet diese Entscheidung ein Ende für das Gesetzesrecht, so ist sie doch für das Richterrecht mehr als ein Anfang. Das Urteil begnügt sich nicht damit, nur allgemeine Grundsätze aufzustellen, sondern schreitet zur Festlegung von Richtlinien. Hierbei ist die Anlehnung an die Sphärentheorie unverkennbar. Es führt aber über die alte Ansicht hinaus, daß drei Gefahrensphären unterschieden werden sollen, die der Arbeiter, die des Unternehmers und eine gemeinschaftliche. Noch weiter geht es, hier zum ersten Male von einem Gerichte klar ausgesprochen, daß

[4]) aaO., S. 123.

nicht die Ursachen, sondern auch die Wirkung der Betriebsstörung auf die Finanzlage des Unternehmers für das Ergebnis entscheidend sein könnte. Dieser Gedanke rührt an die Grundfesten des bürgerlichen Rechts alter Prägung, in das das Arbeitsrecht bisher eingegliedert war. Denn ein Grundsatz desselben ist, daß kein Schuldner durch seine Armut entschuldigt wird.

Wenn die Richtlinien des Reichsarbeitsgerichts auch einen Ermessensspielraum lassen, so befördern sie doch nicht die Rechtsunsicherheit. In ihrem systematischen Aufbau wirken die neuen Gedanken geradezu beruhigend gegenüber der Fülle der Gesichtspunkte in den letzten Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte [5]). Freilich sind die Richtlinien zum Ausbau fähig und dazu gedacht. Das Reichsarbeitsgericht sagt unmittelbar vor ihrer Festlegung ausdrücklich, daß allgemeine Grundsätze nicht aufgestellt werden sollen. Unter „Richtlinien" versteht es also im Gegensatz zu den „Grundsätzen" Regeln, von denen es sich vorbehält, gelegentlich abzuweichen, ja, die es noch umgestalten will. Die glückliche Gerichtsorganisation lieferte ihm bald genügend Stoff hierzu.

2. Weiterentwicklung in der Zeit wirtschaftlicher Scheinblüte.

Wir verfolgen diesen Weg zunächst in seiner methodischen Festigung, dann in der weiteren begrifflichen Ausgestaltung der Richtlinien und schließlich in der kasuistischen Festlegung des gesteckten Ermessensrahmens. Wir beschränken unsere Betrachtung zunächst auf die Zeit der sogenannten wirtschaftlichen Scheinblüte, das heißt, bis in den Anfang des Jahres 1930 hinein.

In methodischer Beziehung macht sich eine rasche Festigung des Richterrechts bemerkbar. In der grundlegenden Entscheidung war immerhin als letzte Erinnerung an das BGB noch der § 242 angeführt. Schon die nächste Entscheidung vom 4. Juni 1928 zitiert ihn nicht mehr [6]). In den beiden Urteilen vom 15. Dezember 1928 [7]) erscheinen dann die Grundsätze oder Richtlinien der Entscheidung vom 20. Juni 1928 als die allein maßgeblichen Gesichtspunkte. Der Ausdruck „Grundsätze der Entscheidung vom 20. Juni 1928" wird schließlich zur ständigen Redewendung in allen Entscheidungen [8]). Die Grundsätze werden also als Rechtsnorm betrachtet. Bezeichnend genug ist, daß man von Grundsätzen redet, während die grundlegende Entscheidung „nur Richt-

[5]) Vgl. die Anmerkungen von Hueck zu dem zitierten Urteil.
[6]) ArbRspr. Bd. 3, RAG., S. 129.
[7]) ArbRspr. Bd. 5, RAG., S. 38 und 41.
[8]) Vgl. jede beliebige der im Folgenden angeführten Entscheidungen.

linien" aufstellen wollte. Tatsächlich ist man nirgends offen von den Sätzen jenes Urteils abgewichen. Dies ist umso bemerkenswerter, als wir unten beweisen werden, daß tatsächlich eine weitgehende Umgestaltung stattgefunden hat. Aber die gesetzesgleiche Würde der neuen Richtlinien verbot es, an ihnen zu rütteln. Bald werden auch die Untergerichte herb getadelt, wenn sie „die in einer ganzen Reihe von Entscheidungen eingehend dargelegte Grundauffassung" nicht beachten [9]). Man faßt die Richtlinien also als allgemein verbindlich auf. In den ersten Entscheidungen werden die neuen Grundsätze ausführlich besprochen [10]). Später macht sich, soweit die Schwierigkeit des Falles nicht etwas anderes gebietet, eine schematische Anwendung bemerkbar [11]). Man zitiert die Richtlinien wie Paragraphen. Unter dieser äußerlichen Festigung birgt sich aber noch genug inneres Leben.

Von den verschiedenen Elementen der grundlegenden Entscheidung läßt sich nämlich bei jedem einzelnen eine gesonderte Geschichte verfolgen. Wir betrachten zunächst die Weiterentwicklung des ersten Gedankens, daß die Arbeiter für Vorfälle in der Arbeitnehmerschaft einstehen müßten. Hier zeigt sich eine gewisse Zurückhaltung, ja Erstarrung. Schon das grundlegende Urteil hatte es abgelehnt, die Arbeiter für Streik im fremden Betrieb büßen zu lassen, wenn nur dessen mittelbare Folgen den eigenen Betrieb trafen. Daß das Reichsarbeitsgericht einer vorsichtigen Ausdehnung der Grundsätze des Reichsgerichts indes nicht ablehnend gegenüberstand, zeigte die Tatsache, daß es am 22. Dezember 1928 [12]) das oben beschriebene Urteil des LAG Elberfeld im Textilarbeiterstreik bestätigte und auch in seinen Gründen im wesentlichen billigte. Die Vorsicht des Reichsarbeitsgericht zeigt sich aber auch in diesem Urteil darin, daß es besonderen Wert auf die Feststellung legt, daß die klagenden Meister die Übernahme der Aufgaben der ausgesperrten Arbeiter als Streikarbeit abgelehnt und so ihre Verbundenheit mit diesen auch äußerlich bekundet hätten.

Das Landesarbeitsgericht Frankfurt [13]) entschied um dieselbe Zeit folgenden Fall. Einem Unternehmer gehörten eine Kohlengrube und eine Glashütte, beide räumlich getrennt. Die beiden Betriebe waren aufeinander eingestellt, da die Hütte von der Grube ihre gesamten Kohlen erhielt, die Grube aber an die Hütte zum mindesten den wesentlichen Teil ihrer Erzeugung lieferte.

---

[9]) ArbRspr. Bd. 5, RAG., S. 41.
[10]) ArbRspr. Bd. 5, RAG., S. 32, 34, 38, 41, 110.
[11]) ArbRspr. Bd. 7, RAG., S. 305 und 260.
[12]) ArbRspr. Bd. 5, RAG., S. 32.
[13]) ArbRspr. Bd. 5, LAG., S. 30.

Die Grubenarbeiter streikten und die Hüttenarbeiter mußten daher feiern. Die Lohnklage der letzteren wurde abgewiesen, da Grube und Hütte als ein Betrieb und der Streik in der Grube daher als Teilstreik angesehen wurde. Auch diese ausdehnende Auslegung hätte sicherlich noch den Beifall des RAG gefunden.

Über die Fälle des Teillohnkampfes wird aber nirgends hinausgegangen. Das zeigt das Urteil des Reichsarbeitsgerichts vom 24. September 1930 [14]). Die Arbeiterschaft der Beklagten hatte zwei Tage feiern müssen, weil die Antriebsmaschine durch Fahrlässigkeit des Maschinenführers beschädigt wurde. Der Lohnanspruch der Arbeiter wird bejaht. Denn die Bedeutung des Kollektivgedankens in Fällen, wie im vorliegenden, gehe nicht dahin, daß sämtliche Arbeitnehmer schlechthin füreinander einzustehen hätten. Das Urteil vom 20. Juni 1928 bürde dem Arbeitnehmer lediglich die Gefahr solcher Ereignisse auf, die von der Arbeitnehmerschaft als einem organisatorischen Ganzen herbeigeführt sind, also die Gefahr des Lohnkampfes. Die Teilstreikfrage hatte dem Richterrecht zum ersten Durchbruch verholfen. Jetzt war diese Aufgabe erfüllt. Die Sonderfrage bleibt bestehen, ohne daß der in ihr verkörperte Rechtsgedanke auf andere Gebiete ausgedehnt wird. Das Hauptgewicht der Entwicklung verlagert sich nach den Punkten 2—4 der obigen Richtlinien.

Hier sind wieder die beiden Begriffspaare: Führung des Betriebes und Bestand des Betriebes und betriebsvernichtendes und nicht betriebsvernichtendes Ereignis zu verfolgen. Als Ausgangspunkt ist festzuhalten, daß das erstgenannte Begriffspaar der hauptsächliche Entscheidungsgesichtspunkt sein soll. Auf die Frage der betriebsvernichtenden Wirkung soll nur hilfsweise zum Schutze des Unternehmers zurückgegriffen werden. Als Ergebnisschema erscheint daher folgendes:

Kein Lohn	Lohn	Die Führung betreffend
Kein Lohn	Kein Lohn	Den Bestand betreffend
betriebs-	nicht betriebs-	
vernichtend	vernichtend	

Zunächst bedurften die Begriffe Führung und Bestand des Betriebes einer näheren Bestimmung. Schon in der grundlegenden Entscheidung wurde gesagt, daß zu der Führung unter anderem auch die voraussehbaren Ereignisse gehörten. Daß dies jedoch zunächst ein mehr beiläufiger Gedanke war, beweist die Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts vom 4. Juni 1928 [15]). In diesem

[14]) ArbRspr. Bd. 10, RAG., S. 523.
[15]) ArbRspr. Bd. 3, RAG., S. 129.

Urteil zeigt sich noch keine Auseinandersetzung mit dem Gesichtspunkt der Voraussehbarkeit.

Der Weiterbau erfolgte erst im Urteil vom 3. November 1928 [16]). Der Riß des Antriebsriemens läßt eine Fabrik zwei Tage lang stille stehen. Die Gefahr dieses Ereignisses wird dem Unternehmer aufgebürdet. Hierbei wird offen darauf abgestellt, daß zur Führung des Betriebes das gehöre, was für den Betriebsführer voraussehbar ist. In den kommenden Entscheidungen rückt nun diese letzte Formulierung immer mehr in den Vordergrund. Sie verdrängt das alte Begriffspaar Führung und Bestand des Betriebs und wird selbst Träger der Weiterentwicklung. Der Begriff der Voraussehbarkeit bedurfte einer Abgrenzung gegenüber dem Fahrlässigkeitsbegriff. Der Fall des Verschuldens eines der Teile liegt außerhalb der Betriebsrisikofrage und kann hier nicht hineingezogen werden.

Im Urteil vom 15. Dezember 1928 [17]) wird die Abgrenzung vollzogen. Zum Gefahrenkreis des Unternehmers gehören, heißt es, Störungen, „die im Zusammenhang mit Maßnahmen stehen, die vorsorglich getroffen werden können, ebenso aber auch, die im Betrieb gewöhnlich oder zum mindesten der Vorveranschlagung zugänglich sind".

Gegenüber dem Fahrlässigkeitsbegriff fehlt es hier an einem Zumutungsmaßstab. Es wird nicht gefragt, ob dem Unternehmer die vorsorglichen Maßnahmen zuzumuten seien oder ob diese im Verkehr üblich [18]) oder auch nur erforderlich seien. Der Unternehmer haftet für jedes Verschulden, auch für das leichteste, wie bei der Haftung bis zu den Grenzen der höheren Gewalt.

In einer weiteren Entscheidung vom 15. Dezember 1928 [19]) wird demnach davon gesprochen, daß der Unternehmer für höhere Gewalt nicht hafte. Diesem Fall lag das Versagen des eigenen Kraftwerkes des Unternehmers infolge einer ganz ungewöhnlichen Wetterlage zu Grunde. Die Haftung des Unternehmers wird abgelehnt, da es sich um höhere Gewalt handele. Indes ist an diesem Gedanken nicht festgehalten worden. Schon in der Entscheidung vom 9. Januar 1929 [20]), wo es sich um das kurze Aussetzen eines fremden Kraftwerks handelt, wird über dieses Merkmal hinweggeschritten. Es wird hervorgehoben, daß der Unternehmer über das bloß Vermeidbare hinaus auch dann haftet, wenn des Ereignis vorausberechenbar, d. h. von vornherein in Rechnung zu stellen

---

[16]) ArbRspr. Bd. 4, S. 149.
[17]) ArbRspr. Bd. 5, RAG., S. 41.
[18]) Vgl. zu „üblich" ArbRspr. Bd. 5, RAG., S. 366.
[19]) ArbRspr. Bd. 5, RAG., S. 38, so auch Claren, Betriebsrisiko, S. 86.
[20]) ArbRspr. Bd. 5, RAG., S. 32.

war. Als entscheidend wird hervorgehoben, daß der Unternehmer hätte Rücklagen bilden können und sollen.

Man hat versucht, die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts ganz auf die Formel „Haftung des Unternehmers bis zu den Grenzen der höheren Gewalt" zu bringen [21]). Indes handelt es sich hier um eine Begriffsbildung eigener Art. Der Begriff der höheren Gewalt enthält nach herrschender Meinung wenigstens dann, wenn es sich um Fragen der Haftung handelt, ein objektives Merkmal, nämlich, daß das Ereignis von außen kommen muß. Mit diesem Merkmal hat aber die Haftungserweiterung auf das bloß Vorausberechenbare nichts zu tun. Auf das Begriffspaar „von außen oder von innen" wird außer den Entscheidungen vom 15. Dezember 1928 nirgends abgestellt. Eine gewisse Verwandtschaft mit der Haftung bis zu den Grenzen der höheren Gewalt hat unsere Rechtsprechung nur insoweit, als sie mit dem Begriffe der culpa levissima arbeitet [22]). Noch aber steht die Frage offen, was vorauszusehen ist. Die Frage nach dem Objekt der Voraussicht setzt immer eine gewisse Abstraktion voraus. Die Betriebsstörung in ihrer ganzen konkreten Gestalt kann natürlich niemand voraussehen. Man kann nun diese Abstraktion soweit treiben, daß man nicht mehr auf die Art, sondern nur noch auf die Größe der Betriebsstörung abstellt. Dies führt aber zu einer gedanklichen Unklarheit. Denn die Größe des Unglücks kann man doch wieder nur an seinen Wirkungen messen. Die Wirkungen sollen aber doch in dem hilfsweise heranzuziehenden Gedanken der betriebsvernichtenden Wirkung Berücksichtigung finden.

Auch hier zeigte das Reichsarbeitsgericht zunächst Vorsicht. Ein Urteil vom 15. Dezember 1928, dem nicht schon zitierten [23]), liegt folgender Sachverhalt zu Grunde. Niederer Wasserstand legte die eigene elektrische Kraftzentrale eines Werkes und damit dieses selbst auf einen Tag lahm. Der Wasserstand war auf ganz außerordentliche Wind- und Wetterverhältnisse zurückzuführen. Der Lohnanspruch wird abgelehnt, weil es sich um ein gänzlich unvorhergesehenes Ereignis handele. Die kurze Dauer der Störung wird dabei ausdrücklich für unerheblich erklärt. Auf die Ursache und die Art der Störung wird also ein entscheidender, auf ihren Umfang kein Wert gelegt.

Doch schon am 9. Januar 1929 ging man auch in diesem Punkte weiter. Es handelt sich hier um kurzfristigen Arbeitsausfall wegen Versagens einer fremden und der eigenen Stromzentrale aus ganz ungewöhnlichen Gründen [24]). Der Lohnanspruch wird bejaht.

[21]) Vgl. Claren, S. 63.
[22]) So erklären sich die Beispiele bei Claren, S. 65 ff.
[23]) ArbRspr. Bd. 5, RAG., S. 38.
[24]) ArbRspr. Bd. 5, RAG., S. 34.

Denn wenn auch die Beklagte die Gründe der Betriebsstörung nicht gerade vorhergesehen hat, und auch vielleicht nicht vorhersehen konnte, „so sind doch die Störungen nicht außergewöhnliche Ereignisse". Es wird also auf die Ursache der Störung kein Gewicht gelegt. An dieser weiteren Auslegung wird festgehalten.

Die Vollendung dieser Entwicklung bedeutet es schließlich, wenn die Voraussehbarkeit des Unheils selbst dann zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn die Wirkungen betriebsvernichtend sind. Dieser Gedanke wird im Urteil des Reichsarbeitsgerichts vom 8. Februar 1930 ausgesprochen [25]). „Es fragt sich nur, heißt es, ob an dieser Rechtslage die Annahme des Berufungsgerichts etwas zu ändern vermag, daß der Bestand des Unternehmens gefährdet sei. Das ist mit Rücksicht auf den Mangel an Voraussicht, den die Beklagte bewiesen hat, zu verneinen." Hier ist nicht etwa an Verschuldenshaftung gedacht. Das beweist der nächste Satz, daß schlechte Vermögenslage den Unternehmer nur in Verbindung mit außergewöhnlichen von außen her auf den Betrieb einwirkenden Ereignissen befreite. Damit hat sich unser Ergebnisschema wie folgt gewandelt:

Lohn	Lohn	Voraussehbar (Führung)
Kein Lohn betriebsvernichtend	Lohn nicht betriebsvernichtend.	Nicht voraussehbar (Bestand)

Es handelt sich hier nicht etwa um eine schwankende Rechtsprechung. Das beweisen die nachfolgenden Entscheidungen. Daß eine streng geschichtliche Entwicklung vorliegt, lehren die überall genannten Zeitangaben.

Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmers waren ursprünglich Gegenstand einer Hilfserwägung. Nun sind sie in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt. Die wirtschaftliche Unmöglichkeit ist anstelle des Unmöglichkeitsbegriffs der dogmatischen Jurisprudenz getreten.

Dieser letzte Gedanke bedurfte aber selbst noch einer näheren Bestimmung. Fraglich konnte hier sein, wie es mit dem ursächlichen Zusammenhang steht, wenn der Unternehmer sich auch ohne Betriebsstörung schon in übler Vermögenslage befand und der Betrieb schon an und für sich vor der Vernichtung stand. Das Urteil vom 16. Januar 1929 [26]) bejaht auch hier den Lohnanspruch. Es handelte sich um die kurzfristige Unterbrechung einer Kiesbaggerei durch den alljährlichen Eisgang. In der Entscheidung heißt es: „Daß der Beklagte in ungünstiger Vermögenslage zu

[25]) ArbRspr. Bd. 8, RAG. S. 407.
[26]) ArbRspr. Bd. 5, RAG., S. 110.

sein behauptet, ist ohne Belang. Entscheidend ist, daß jedenfalls im allgemeinen der Unternehmer einer solchen Gefahr durch Rücklage begegnen kann, während dies im Arbeitnehmerkreise in aller Regel unmöglich ist." Armut entschuldigt also an sich nicht, wohl aber durch das Erfüllungsverlangen selbst verursachte wirtschaftliche Vernichtung.

Bei der Beurteilung der betriebsvernichtenden Wirkung ist nicht nur der eingeklagte Anspruch in Rechnung zu ziehen, sondern alle Ansprüche der Arbeiterschaft. Es ist dies auch mehrfach ausdrücklich vom RAG hervorgehoben worden [27]). Daß man auch in diesem Punkte im Zweifel eher für den Lohnanspruch entschied, zeigt folgender Gedankengang des schon angeführten Urteils vom 8. Februar 1930 [28]). Hier wird der Einwand der Beklagten, sie wäre durch das Urteil wirtschaftlich gefährdet, mit der Erwägung abgeschnitten, sie könne den übrigen Arbeitern, die ihren Lohnanspruch noch nicht geltend gemacht hatten, den Einwand der Verwirkung entgegenhalten. Wenn die Arbeiter nur auf den Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits gewartet haben, ist dies eine durch nichts begründete Unterstellung.

Als Gesamtergebnis läßt sich also zusammenfassen. Die Rechtsprechung wird immer arbeiterfreundlicher. Von den in der Sammlung Bensheimer abgedruckten Entscheidungen verneint bis Juni 1930 nur eine den Lohnanspruch. Es ist die Entscheidung in Band 5 S. 38, die bald überholt war, wie wir oben zeigten. Der Wille, den wirtschaftlich Schwachen zu schützen, erscheint also als der immer wiederkehrende Anstoß, die zunächst vorsichtigen Formulierungen auszuweiten. Der Gedanke, daß man das Unternehmen erhalten müsse, wird mehr in der Reserve gehalten und für schwere Zeiten aufgespart. Nicht selten wird den Klägern ihre „bekannte Größe und Bedeutung" vorgehalten. Man befand sich ja damals in der Zeit der Scheinblüte und konnte der Industrie etwas zumuten.

Eine Vorstellung hiervor gewinnt man nicht so sehr bei grundsätzlichen Betrachtungen, sondern wenn man sieht, wie der Richter den Ermessensrahmen im Einzelfalle ausfüllt. Für den Anfang der Rechtsprechung sind einige Entscheidungen von äußerst geringem Streitwert bezeichnend. So liegt der ersten amtlich abgedruckten Entscheidung vom 30. 4. 1930 eine Forderung von 2,25 RM zu Grunde, die ein Arbeiter an einen Rittergutsbesitzer stellte [29]). Ähnlich liegt der Fall in den Urteilen vom 1. Februar

---

[27]) ArbRspr. Bd. 9, RAG., S. 159.
[28]) ArbRspr. Bd. 9, RAG., S. 407.
[29]) ArbRspr. Bd. 3, RAG., S. 229.

1928[30]), vom 15. Dezember 1928[31]) und vom 9. Januar 1929[32]). Die Landesarbeitsgerichte hatten hier teils die Klage abgewiesen, teils doch das Urteil als zweifelhaft zur Revision zugelassen. Später kommen ähnliche Fälle, soweit ersichtlich, nur noch zur Revision, soweit es sich um die Auslegung eines Tarifvertrags handelt[33]). Hier wird wie von etwas Selbstverständlichem davon ausgegangen, daß Zahlung zu leisten ist. Man kann des Eindrucks sich nicht erwehren, daß zur gleichen Zeit ein Fall, wie der erste amtlich veröffentlichte, nicht mehr zum Prozeß gekommen wäre.

Denn gleichzeitig werden dem Unternehmer weit schwerere Gefahren aufgelastet. Die Kohlenknappheit des kalten Winters 1929/30 läßt das Reichsarbeitsgericht zum Beispiel nicht als Befreiungsgrund für den Unternehmer gelten[34]). Selbst eine durch diese Kälte verursachte dreizehntägige Arbeitsunterbrechung des ganzen Werkes mindert trotz schlechter geldlicher Lage des Unternehmers die Lohnzahlungspflicht nicht[35]).

3. Die Krisenzeit.

Die Festigung und der Ausbau des Richterrechts erfolgte in einer Zeit wirtschaftlicher Scheinblüte. Mit dem Jahre 1930 aber begann das auf der Weimarer Verfassung aufgebaute Wirtschaftssystem auch äußerlich zu versagen. Die Frage des Einflusses der Konjunktur auf das Betriebsrisiko wurde damit brennend. Die Konjunktur pflegt ein Unternehmen nicht von heute auf morgen zu vernichten. Da die Arbeiter meist mit kurzer Kündigungsfrist angestellt werden, kann der Unternehmer also im allgemeinen rechtzeitig kündigen. Dann kommt es nicht zu unserer Fragestellung. Dagegen werden die Handwerkslehrlinge langjährig angenommen. Daher finden wir in jenen Jahren zahlreiche Entscheidungen, die die Vergütung der Lehrlinge von in Vermögensverfall geratenen Unternehmern betreffen. In diesen Urteilen wird die Betriebsrisikofrage entscheidend umgestaltet.

Die theoretische Voraussetzung für die Einbeziehung der Frage der Lehrlingsvergütung in unserem Fragenkreis war, daß man den Lehrling wenigstens in Ansehung seiner Vergütung dem Arbeiter gleichstellen wollte. Dies wurde in den ersten Urteilen

[30]) ArbRspr. Bd. 2, RAG., S. 86. Einstündiger Arbeitsausfall.
[31]) ArbRspr. Bd. 5, RAG., S. 41. Fünfstündiger Arbeitsausfall.
[32]) ArbRspr. Bd. 5, RAG., S. 54. Ein paar Stunden Arbeitsausfall in einem Werk von „bekannter Größe und Bedeutung".
[33]) ArbRspr. Bd. 8, S. 260.
[34]) ArbRspr. Bd. 7, RAG., S. 415.
[35]) ArbRspr. Bd. 8, RAG., S. 407.

ohne weitere Bedenken bejaht. Im Urteil vom 26. Februar 1930 [36]) heißt es zum Beispiel, daß der Richter mit Recht von den Richtlinien des RAG zur Betriebsrisikofrage ausgegangen sei [37]).

Am meisten wurde das Baugewerbe von der Krise betroffen. Auf diese beziehen sich daher eine größere Anzahl veröffentlichter Entscheidungen. Hier zeigt sich die Konjunktur, wie bei allen Saisongewerben, zuerst in einer Verlängerung der saisonmäßig arbeitsfreien Zeit. Die ersten zugänglichen Entscheidungen betreffen daher Arbeitsausfälle, die äußerlich saisonbedingt erscheinen. Es tauchte daher zunächst die Frage auf, ob solche saisonbedingte Ausfälle zu entlöhnen seien. Hier half man sich zunächst mit einer Auslegung. Im Anfang wird diese nur vorsichtig angedeutet. Ein Zimmererlehrling hatte wegen Frostes Feierschichten gehabt und verlangte Lohn. Im Urteil vom 26. Februar 1930 [38]) heißt es: „Das LAG erwägt ferner nicht, ob bei der tariflichen Festsetzung der Höhe der Löhne der Tatsache bereits Rechnung getragen ist, daß Witterungseinflüsse nicht selten zur Aussetzung der Arbeit Veranlassung bieten." Es kam daher zur Zurückverweisung. Im Urteil vom 13. Dezember 1930 [39]), einen gleichen Fall betreffend, wird es dann schon als eine im Baugewerbe herrschende Anschauung bezeichnet, daß, wer einen Lehrvertrag im Baugewerbe schließt, mit zeitweisem Ausfall der Arbeit und damit des Lohnes rechne. Daraus erkläre sich, daß die Lehrlingsvergütung im Gegensatz zu anderen Berufssparten sehr hoch sei. Es kommt daher zur Klageabweisung. Im Wege der Auslegung wird hier der Gedanke der Voraussehbarkeit geradezu umgekehrt. Gerade weil die arbeitsfreie Zeit voraussehbar ist, wird die Gefahr dem Arbeitnehmer aufgebürdet. Offenbar soll er von seinem Lehrlingstaschengeld Rücklagen bilden.

Im Urteil vom 10. Oktober 1931 [40]) wird dies aufrechterhalten. Bald tauchten aber Fälle auf, bei denen mit Auslegung nichts mehr zu erreichen war. Bei kürzeren Betriebsstörungen konnte man dann dem Lehrling dieselben Rechte wie dem Arbeiter zuerkennen. Ein Schlosserlehrling hatte einige Feierschichten wegen Auftragsmangels. Das RAG bejaht seinen Lohnanspruch am 2. Juni 1930 [41]), da es sich um eine öfters vorkommende Störung handele. Aber bald zwangen schwierigere Fälle zu anderen Entscheidungen. Der einzige Lehrling einer kleinen Baufirma, die sich im Vergleichsverfahren befand, war monatelang beschäf-

[36]) ArbRspr. Bd. 10, RAG., S. 150.
[37]) ArbRspr. Bd. 10, S. 567.
[38]) ArbRspr. Bd. 10, RAG., S. 140.
[39]) ArbRspr. Bd. 10, RAG., S. 567.
[40]) ArbRspr. Bd. 9, RAG., S. 82.
[41]) ArbRspr. Bd. 9, RAG., S. 256.

tigungslos und verlangte 300.— RM Lohn [42]). Das LAG verneint den Anspruch sehr scharf. „Dauerndes Absinken des Baubedarfs der Industrie und der Wohnungswirtschaft, der Mangel an privaten und öffentlichen Kapitalien, insbesondere die verminderte Widmung von Eingängen aus der Hauszinssteuer zu Bauzwecken haben eine grundlegende und unabsehbare Umwandlung der Lebensbedingung des Gewerbes zur Folge gehabt. Von dieser Wandlung ist der Betrieb des Beklagten in einem Maße ergriffen, daß sein Fortbestand gefährdet, wenn nicht schon vernichtet ist.

Das RAG hebt das Urteil nicht auf, mildert aber die Schärfe des Vorderrichters. Es sei auf den einzelnen Betrieb abzustellen. Ob eine so weitgehende und allgemeine Vorausschau, wie sie das angefochtene Urteil anstelle, im Rahmen der richterlichen Aufgabe liege, sei zweifelhaft. Man will also von dem Grundsatz nicht abrücken, daß grundsätzlich Lohn zu zahlen ist. Die Rücksichtnahme auf die betriebsvernichtende Wirkung der Konjunktur soll immer eine Ausnahme bleiben und nicht durch eine einfache Bezugnahme auf die allgemein schlechte Wirtschaftslage ersetzt werden.

Bald treten aber in den Urteilen des RAG selbst solche allgemeine Gesichtspunkte in den Vordergrund. Aus Anlaß der weitgehenden Senkung des Weltkupferpreises und der dadurch eintretenden Erschütterung ihrer Betriebsgrundlage hat die Beklagte ihre Gesamtbelegschaft unter dem Angebot einer Vertragserneuerung mit gekürzten Löhnen gekündigt. Da die Belegschaft die Lohnkürzung nicht anerkennen wollte, lag der Betrieb 8 Wochen lang still und wurde erst nach Zusage einer staatlichen Unterstützung wieder aufgenommen. Ein Lehrling verlangte seine Vergütung für diese 8 Wochen. Hier war der Betrieb nicht vernichtet. Er arbeitete ja weiter. Die Arbeiter konnten für die Zwischenzeit keine Ansprüche stellen, da ihnen ordnungsgemäß gekündigt war. Die Vergütung selbst mehrerere Lehrlinge machte nichts aus. Dennoch wird die Klage abgewiesen [43]). „Die sturzartig eintretende und in ihren Ausmaßen katastrophale Senkung gehört auch in den Gefahrkreis der Arbeitnehmer."

Hier liegt immerhin noch ein bestimmter Marktvorgang vor. Noch weiter geht das Urteil vom 19. September 1931 [44]). Ein Schlosserlehrling machte einige Feierschichten wegen Auftragsmangels. Seine Lohnklage wurde abgewiesen. Denn die Einlegung der Feierschichten sei zweifellos die Folge der allgemein andauernden Wirtschaftskrise, die in Deutschland allgemein sei und an der jeder zu tragen habe. Der Betrag der gesamten Lehr-

[43]) ArbRspr. Bd. 12, RAG., S. 487.
[44]) ArbRspr. Bd. 13., S. 160.

lingsvergütungen in Höhe von 7800 RM sei bei den heutigen Verhältnissen für jede Firma erheblich. Es handelt sich hier um ein Werk mit 3000 Arbeitern. Hier heißt es also schon erheblich, statt vernichtend. Damit ist die bisherige Ausnahme schon zu einer Regel geworden und gleichsam eine Vermutung für den ursächlichen Zusammenhang zwischen Krise und Daniederliegen des Betriebes aufgestellt worden.

Spätere Entscheidungen gehen freilich nicht ganz soweit. Man verneint den Lohn bei kurzfristiger Aussetzung, die auch bei günstigeren Wirtschaftsverhältnissen vorauszusehen war[45]) und verlangt besondere Gründe[46]), insbesondere ernstliche Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz oder ernstliche Bedrohung infolge der Krise[47]). Doch begnügt man sich in allen diesen Entscheidungen mit einer Art abstrakter Gefährdung des Betriebes.

Diese Ausgestaltung geschah allmählich, ohne daß dabei die alten Richtlinien aufgegeben wurden. Nun ereignete sich aber ein Fall, der zur Herauslösung der Sonderfrage der Lehrlingsvergütung aus dem allgemeinen Betriebsrisikoproblem führte. Am 28. Mai 1932 stand folgendes zur Entscheidung an:[48]) Ein Unternehmer hatte aus schwerwiegenden Rentabilitätsgründen eines seiner beiden Werke stillegelegt. Die Lehrlinge dieses Werks konnten in das andere nicht übernommen werden, weil sie dann in einer fremden Stadt hätten in Kost und Wohnung gegeben werden müssen. Dafür wollten weder das Werk, noch die Eltern die Kosten aufbringen. Das RAG ist der Ansicht, daß der Unternehmer die Mehrkosten der Wohnsitzverlegung der Lehrlinge nicht zu tragen brauche. Die Möglichkeit einer Übernahme der Lehrlinge in das andere Werk scheidet also aus. Daher beschränkt sich die Entscheidung auf die Beantwortung der Frage, wer das Risiko der Unrentabilität des stillgelegten Werkes zu tragen habe. Das RAG weist die Klage der Lehrlinge ab, geht aber ganz neue Wege.

Eine enge Verbindung, heißt es, der in dem Lehrlingsvertrag enthaltenen arbeitsvertraglichen und lehrvertraglichen Elemente muß die Stellungnahme beeinflussen. Es kann nicht, wenn die aus dem Lehrvertrag sich ergebende Hauptverpflichtung, nämlich zu lehren, dauernd unmöglich wird, unabhängig davon der arbeitsvertragliche Vergütungsanspruch des Lehrlings bestehen bleiben. Dieselben Gedanken finden wir auch in einem weiteren Urteil

---

[45]) ArbRspr. Bd. 12, RAG., S. 373.
[46]) ArbRspr. Bd. 13, RAG., S. 168.
[47]) ArbRspr. Bd. 13, RAG., S. 465.
[48]) ArbRspr. Bd. 15, RAG., S. 331.

vom selben Tage [49]). Die Ansicht wird ferner am 8. April 1933 [50]) wiederholt, obwohl es sich dort wiederum um einen Lehrling einer vernichteten Firma handelt, die sich in Konkurs befindet.

Es fragt sich, wie man diesen Umbruch der Rechtsprechung auslegen soll. Hueck ist der Meinung, daß hierdurch die ganze bisherige Entscheidungsreihe zur Lehrlingsfrage ihre Bedeutung für das allgemeine Arbeitsvertragsrecht verloren habe [51]). Die allzu starke Ausdehnung des Begriffs der Betriebsgefährdung, die Hueck schon vorher mißbilligt hatte [52]), habe sich nicht aufrechterhalten lassen. Da man aber das Ergebnis hinsichtlich der Lehrlinge nicht verlassen wollte, habe man mit Recht einen neuen grundsätzlichen Ausgangspunkt gewählt und die Besonderheit des Lehrvertrages in den Vordergrund geschoben.

Dem ist nicht zuzustimmen. Die ersten Lehrlingsentscheidungen behandeln den Lehrling als Arbeiter. Man sprach daher alle dortigen Gedanken auch für den Arbeiter aus und glaubte, diesen in einem gleichgelagerten Falle ebenso behandeln zu müssen. Das RAG hat seine Ausführungen, soweit sie den Arbeiter betrafen, nicht widerrufen. Es ist von seiner Grundeinstellung zur Beurteilung des Lehrlingsvertrages aber abgegangen, als es für den Lehrling etwas aussprechen wollte, was es sich für den Arbeiter auszusprechen nicht getraute. Denn es wäre hart gewesen, das Risiko der Rentabilität eines einzelnen Werkes des sonst wirtschaftlich gesunden Unternehmers dem Arbeiter aufzubürden. Die Interessen des Lehrlings konnten auch da zurücktreten. Die bisherigen Lehrlingsentscheidungen zeigen uns also die Grenze, bis zu der das RAG beim Arbeiter gehen wollte. Im selben Augenblick, in dem diese Grenze überschritten wurde, fiel die Einzelfrage aus der Gesamtfrage heraus. Insoweit ist dieser Vorgang für die Entwicklungsgeschichte des Richterrechts bezeichnend. Daß man später selbst in Fällen, die auch von anderem Standpunkte aus zu meistern gewesen wären, diesen nicht mehr angenommen hat, war lediglich ein Erfordernis der Folgerichtigkeit.

Daß unsere Ansicht an sich in das allgemeine Arbeitsvertragsrecht hereinpaßt, beweisen zahlreiche Entscheidungen des RAG zur Frage der Herabsetzung übermäßig hoher und durch die Krise überholter Gehälter und Pensionen. Das Betriebsrisikoproblem wird hier freilich nicht hereingezogen, da es sich nicht

---

[49]) ArbRspr. Bd. 15, RAG., S. 335.
[50]) ArbRspr. Bd. 18, RAG., S. 28.
[51]) In den Anmerkungen zur ArbRspr. Bd. 15, RAG., S. 331 und S. 335.
[52]) Vgl. die Anm. von Hueck zur ArbRspr. Bd. 12, RAG., S. 482 und Bd. 13, RAG., S. 160.

um eine Betriebsstillegung handelt. Man arbeitet vielmehr eher mit der clausula rebus sic stantibus [53]). Es finden sich aber so viele an unsere Frage anklingende Gedanken, daß jene Urteile geeignet sind, unsere Entscheidungskette ins rechte Licht zu setzen und mit dem allgemeinen Geist der gleichzeitigen Rechtsprechung in Verbindung zu bringen. Im Urteil vom 24. Mai 1933 [54]) wird es zum Beispiel unter Angabe vieler Rechtsprechungen als herrschende Meinung bezeichnet, daß der Arbeitgeber nicht berechtigt sei, eine im Jahre 1929 vereinbarte Pension mit Rücksicht auf die seitdem eingetretene Veränderung der Wirtschaftslage einseitig herabzusetzen. Anders sei es dann, wenn die Höhe der Pension den Bestand des Unternehmens wirtschaftlich zu gefährden geeignet sei. Die weitgehende Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Folgen der Geltendmachung eines arbeitsrechtlichen Anspruches für den Schuldner liegt also im Zuge der Zeit.

Das Gesamtergebnis der Jahre 1928 bis 1933 läßt sich also als eine geradlinige Entwicklung und immer stärkere Ausgestaltung des Richterrechts begreifen. Die Hauptlast dieser Entwicklung liegt bei der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts. Das Bild wäre jedoch nicht vollständig, wenn wir nicht gleichzeitig die Wirkung dieser Rechtsprechung im übrigen Rechtsleben beachteten. Die Instanzgerichte schlossen sich bald dem Reichsarbeitsgericht an. In den ersten Entscheidungen finden wir zwar noch erwähnt, daß der Vorderrichter fälschlich vom BGB ausgegangen sei . Sogar am Ende des Jahres 1928 wurden solche Urteile noch gefällt [55]). Bald aber wird hervorgehoben, daß auch die Vorderrichter von den Richtlinien ausgegangen seien und höchstens im Einzelfalle über deren Anwendung geirrt hätten [56]).

Nicht so vollständig war die Durchsetzung im Schrifttum. Hier herrschte eine gewisse Feindschaft gegen die allzu große Freiheit des Richters. Infolgedessen wird die Linie des RAG keinesfalls allgemein gebilligt. Schon Äußerlichkeiten zeigen diese Lage. Fast durchgehend stellt das Schrifttum die Theorie des Reichsarbeitsgerichtes ebenbürtig neben alle anderen von Titze, Lotmar, Trautmann, Oertmann und Kaskel hin [57]). Hieran schließt sich zum Teil überhaupt keine Stellungnahme [58]), zum Teil Lob [59]), das aber mit einer Kritik gerade des wesentlich neuen verbunden ist.

---

[53]) Auf die enge Verwandtschaft unserer Entwicklung mit dem clausula-Gedanken weist auch Oertmann, LZ. 1927, S. 1176 hin.
[54]) ArbRspr. Bd. 18, RAG., S. 153.
[55]) ArbRspr. Bd. 4, RAG., S. 149.
[56]) ArbRspr. Bd. 7, RAG., S. 305, Bd. 8, RAG., S. 407.
[57]) Vgl. Staudinger-Nipperdey Bd. 2, Anm. 2 b zu § 615.
[58]) Enneccerus, 13. Aufl., Bd. 1, S. 521.
[59]) Düringer-Hachenburg, 1930, Anm. 3 vor § 59.

Hueck [60]) zergliedert in seinem Lehrbuch die Stellungnahme des Reichsarbeitsgerichts in vier Punkte und billigt davon die Stellungnahme des Reichsarbeitsgerichts zum Teilstreikproblem und den Grundsatz, daß der Unternehmer für Angelegenheiten der Führung verantwortlich sei. Der Satz, daß der Bestand des Unternehmens auch die Arbeiter angehe, wird als unklar bezeichnet. Die Rücksichtnahme auf die Betriebsgefährdung schließlich wird als eine Entscheidung „nicht mehr nach rechtlichen Gesichtspunkten, sondern nach reinen Billigkeitserwägungen, bei denen jede Rechtssicherheit verloren geht," scharf abgelehnt. Oft wird die Theorie des Reichsarbeitsgerichtes ohne viel Worte zu Gunsten einer anderen Theorie aufgegeben [61]). Nickisch bezeichnet es noch im Jahre 1930 als herrschende Meinung, daß Paragraph 615 BGB anzuwenden sei [62]). Zum Teil ist die Ablehnung geradezu erbittert. Hierzu gehören die Ausführungen, die noch im Jahre 1932 das maßgebliche Arbeitsrechtsbuch von Kaskel-Dersch macht [63]). Hier wird die Ansicht des Reichsarbeitsgerichts als sehr bedenklich und sehr umstritten bezeichnet. Von derselben Stimmung zeugt es, wenn man der Rechtsprechung den Charakter des Richterrechts nehmen will und sie dadurch zu retten sucht, daß man sie positivrechtlich rechtfertigt [64]). Hierzu gehören die Versuche von Lehmann, die Rechtsprechung als die alte Sphärentheorie aufzufassen. Lehmann muß folgerichtig die Rücksichtnahme auf die Betriebsgefährdung als Willkür ablehnen und gelangt daher zu einer Einordnung der Ansicht des RAG in sein System erst nach einer mit der Rechtsprechung selbst nicht mehr vereinbaren Umgestaltung [65]). Hierher gehört auch der oben besprochene Versuch von Claren [66]), den Begriff der höheren Gewalt für maßgeblich zu erklären. Da wir uns hier in erster Linie mit der Rechtsprechung beschäftigen, können wir die einzelnen hier noch auftauchenden konstruktiven und dogmatischen Gedanken übergehen. Neu ist zum Beispiel der Gedanke von Nickisch in seinem Aufsatz der Anstellungsvertrag [67]), daß es sich in den Fällen des Betriebsrisikos nicht um Annahmeverzug, sondern schon um den Zustand der Erfüllung selbst handele. Alle diese Versuche gehen an der Rechtsprechung vorbei. Soweit man

---

[60]) Lehrbuch 1931, S. 2 ff.
[61]) Molitor: Arbeitnehmer und Betrieb, S. 24.
[62]) ArchZPr. Bd. 80, S. 95.
[63]) S. 189.
[64]) Lehmann NZfAR. 1932, Spalte 4, ebenso Titze, Bürgerliches Recht, 1932, S. 82.
[65]) Lehmann a. a. O., Spalte 6.
[66]) S. 60 ff.
[67]) ArchZPr. Bd. 80, S. 95.

sich mit der Methode des Reichsarbeitsgerichts abfindet, ist man mit seiner politischen Tendenz unzufrieden. Dem einen sind die Entscheidungen zu arbeiterfreundlich [68]), dem anderen zu arbeiterfeindlich. Der ehrenvollste Vorwurf der in dieser Richtung erhoben wurde, ist sicher der des Juden Otto Kahn-Freund. Dieser wirft dem Reichsarbeitsgericht vor, das Ideal des Faschismus zu verfolgen [69]). An zahlreichen Beispielen beleuchtet dieser Feind des faschistischen Ordnungsdenkens [70]), wie das Reichsarbeitsgericht überall die politischen Rechte des Arbeiters, namentlich also sein Recht zum Klassenkampfe abmindert, die sozialen Rechte dagegen wohlfahrtsstaatlich verstärkt. In diesem Rahmen betrachtet er auch das Betriebsrisikoproblem [71]). Diese Beobachtung eines Feindes ist nicht ganz unzutreffend. Wenn man auch nicht sagen kann, daß die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts vor 1933 ein vorweggenommener Nationalsozialismus gewesen wäre, so ist doch mancher neue Gedanke in der Rechtsprechung unter Vorauswirkung der kommenden Ereignisse eher durchgebrochen, als in der Welt der Politik. Das Schrifttum hat in diesem Zeitabschnitt keinen großen Einfluß auf die Rechtsprechung. Es wird in allen Entscheidungen im Gegensatz zur vorigen Periode mit Stillschweigen übergangen. Gerade diese Absonderung von der Wissenschaft hat dem Reichsarbeitsgericht die Eigenständigkeit seiner Gedanken gesichert und die klare Verwirklichung reinen Richterrechts ermöglicht. Dieser Hintergrund der Entwicklung zeigt aber auch, daß die neuen Wege der Rechtsprechung für ihre Zeit als revolutionäre Tat anzusprechen sind. Auch das ist natürlich geeignet, ihre Bewertung in der heutigen Zeit zu beeinflussen.

E. Die Weiterentwicklung im dritten Reich.

Die Wirtschaftskrise endete mit der nationalsozialistischen Revolution . Diese leitete nicht nur einen wirtschaftlichen Aufschwung ein, sondern bildete gerade auf dem Gebiete des Arbeitsrechts auch einen geistigen Umbruch. Daher erging als eines der ersten grundlegenden nationalsozialistischen Gesetze das Gesetz

[68]) Nickisch, ArchZPr. 80, S. 122.
[69]) Otto Kahn-Freund: Das soziale Ideal des RAG., 1931.
[70]) Vgl. den Schlußsatz auf S. 65, der eine pathetische Warnung vor dem Faschismus enthält. Es führen viele Wege zur Diktatur. Der nächste Weg zum Faschismus geht nicht über die Gewalt, sondern über die Anbetung von Ruhe und Ordnung, Fürsorge und Disziplin.
[71]) aaO., S. 27.

zur Ordnung der nationalen Arbeit. Obwohl dieses Gesetz an sich kein neues Arbeitsvertragsrecht bringen will, mußten doch seine grundlegenden Bestimmungen auf unsere Frage Einfluß gewinnen. Dies gilt insbesondere von § 1, der den Klassenkampfgedanken überwindet, und § 2, dessen erster Absatz das Führerprinzip und dessen zweiter den Grundsatz der gegenseitigen Treue aufstellt. Ein Zeichen des geistigen Umbruchs ist es auch, daß das Schrifttum die Führung wieder an sich reißt und daher zum besseren Verständnis der heutigen Rechtsprechung vorher kurz umrissen werden muß.

Es ist ein schöner Erfolg des Reichsarbeitsgerichts, daß in dem Schrifttum nach 1933 fast allgemein seine Ansicht zur Grundlage genommen wird. Als bezeichnend für diesen Umschwung sei nur angeführt, daß zum Beispiel Dersch noch 1932 in seinem Lehrbuch die Rechtsprechung ablehnt [1]) und beim BGB sein Heil sucht, 1933 aber schreibt: [2]) „Dieser Ausgangspunkt des RAG ist sicher richtig und erhält durch die oben hervorgehobene Ethik des neuen Staates eine besondere Unterstreichung. Mag die ablehnende Kritik dieses Standpunktes in der Zeit des bisherigen Staates durchaus am Platze gewesen sein, so muß sie doch wesentlich anders von dem geschilderten Grundsatze des neuen Staates aus ausfallen." Den gleichen Ausgangspunkt haben erst recht die neu hervortretenden Schriftsteller Siebert, Stoll und Wagner. Auch der neueste Entwurf der Akademie für deutsches Recht für ein Gesetz über das Arbeitsverhältnis verwertet den Betriebsrisikogedanken [3]). Als Gegner ist nur Mannsfeld zu nennen [4]). Er findet, daß hier die Idee der Gemeinschaft allzu sehr in den Alltag herabgezerrt wird und daß dies zu einer unerträglichen Belastung des ethischen Treuebegriffs führe.

Diese grundsätzliche Zustimmung bedeutet aber keinen Stillstand. Vielmehr ist allenthalben das Streben nach Weiterausbau sichtbar. Methodisch zeigt sich der Wille, die Loslösung vom BGB über den Rahmen des Risikoproblems hinaus auf das ganze Arbeitsvertragsrecht auszudehnen. Siebert hat sein bekanntes Werk über das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalsozialistischen Arbeit 1935 ganz diesem Zwecke gewidmet. Die schon vollzogene Ablösung in unserer Frage ist nicht das letzte seiner Beweisgründe [5]).

---

[1]) Kaskel-Dersch: Lehrbuch, S. 189.

[2]) Dersch, DAR. 1933, S. 10.

[3]) Zeitschrift der Akademie des deutschen Rechts 1938, S. 298, insbesondere S. 300 (Hueck).

[4]) DAR. 1936, S. 120 bzw. 124.

[5]) aaO., S. 30, ähnlich derselbe DAR. 1936, S. 6 und DR. S. 481, 1935.

Diese Entwicklung geht sogar soweit, daß man dem Arbeitsverhältnis ganz den Charakter eines Schuldverhältnisses nehmen will [6]). Man sieht schon darin eine unzulässige Unterstreichung des Interessengegensatzes, daß überhaupt von zwei Parteien, statt von einer Gemeinschaft geredet wird [7]).

Es bedeutet kein Widerspruch, wenn gleichzeitig Bestrebungen im Gange sind, diese neu gewonnene Schau wieder einem Gesetze einzugliedern. Als solches kommt nur das neu erlassene Arbeitsordnungsgesetz in Frage. Wagner [8]) setzt sich besonders zur Aufgabe, die Folgerung aus der Erneuerung der Grundlagen der Arbeitsverfassung auf arbeitsvertragsrechtlichem Gebiete zu ziehen. Er betrachtet dabei auch die Betriebsrisikofrage von dem neuen Standpunkt aus [9]).

Aber nicht nur eine neue Grundlage wird geschaffen, sondern auch inhaltlich sucht man vieles zu verändern. Der letzte Rest klassenkämpferischen Geistes muß aus der Rechtsprechung verschwinden. „Es gibt keine Verbundenheit der Arbeiter in Gegenstellung zum Unternehmer mehr" [10]). Die Teilstreikfrage verliert damit ihre Bedeutung. Würde heute noch irgendwo ein Arbeiter seine Arbeit niederlegen, so wäre dies nicht mehr ein Streik im alten Sinne eines berechtigten Wirtschaftskampfes. Denn das Verhalten des einzelnen beruhte nicht mehr auf dem Gesamtwillen der Arbeiter zum Klassenkampf. Die alten Folgerungen können also nicht mehr gezogen werden. Es bleiben also nur noch die übrigen Richtlinien des RAG betrachtenswert.

Auch an diesen bleibt im Schrifttum vieles nicht unangetastet. Im allgemeinen bemerkt man ein Bestreben, die Haftung des Unternehmers zu vergrößern. Nach Stoll [11]) trägt der Arbeitgeber grundsätzlich das Betriebsrisiko. Wenn aber höhere Gewalt zu längerem Betriebsstillstand führt, dann soll eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde möglich sein. Dasselbe gelte für das hier vom Betriebsrisiko getrennte Wirtschaftsrisiko [12]). Hierunter werden konjunkturelle Notstände verstanden. Noch weiter geht Wagner [13]). Er will eine Ausnahme von der Haftung des Unternehmers nur gelten lassen, wenn die Existenz des Arbeiters sonst gefährdet werde. Praktisch würde er ja dann

---

[6]) Siebert aaO.
[7]) Dersch, DAR. 1933, S. 10.
[8]) Die Einwirkung der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung auf die grundsätzliche Neugestaltung des Arbeitsvertrages 1936, vgl. bes. S. 3.
[9]) Wagner aaO., S. 163.
[10]) Wagner, S. 163.
[11]) DAR. 1934, S. 253, 254.
[12]) S. 255.
[13]) S. 165.

doch in Mitleidenschaft gezogen werden. Das erinnert schon an die Grundlagen des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses. Den Höhepunkt in der Arbeiterfreundlichkeit erreicht in dieser Richtung wohl Crone[14]) mit dem Satze: „Wieder souverän geworden, hat der Arbeitgeber unzweifelhaft auch das Risiko wieder allein zutragen. Es gibt also keine Ausnahmen zu seinen Gunsten mehr." Wie sich diese Bestreben nun in der Rechtsprechung verwirklicht haben, wollen wir Punkt für Punkt einzeln betrachten.

Dabei wollen wir freilich von der weiteren Darstellung der Loslösung des allgemeinen Arbeitsrechts vom BGB Abstand nehmen, um den Rahmen unserer Betrachtungen nicht zu sprengen. Desgleichen liefert die Teilstreikfrage keine Entscheidung mehr.

Dem Teilstreik ziemlich ähnlich ist freilich der Fall, über den das Landesarbeitsgericht Gleiwitz am 17. Februar 1938 zu entscheiden hatte[15]). Von mehreren in einer Akkordgruppe zusammengefaßten Arbeitern waren einige wegen Meinungsverschiedenheiten über die Bezahlung von Sonntagsarbeit nicht erschienen. Die anderen konnten nicht arbeiten. Den Arbeitswilligen wird der Lohn abgesprochen. Sie müssen für das Verhalten ihrer Arbeitskameraden büßen. Als Rechtsgrund hierfür wird jedoch nicht eine allgemeine Solidarität der Arbeiter angesehen, sondern die Verbundenheit der Beteiligten in der Akkordgruppe.

Was die Behandlung des allgemeinen Risikoproblems betrifft, so finden wir im Jahre 1934 und zum Teil im Jahre 1935 noch die alte Begründungsweise. Als Musterbeispiel gelte die Entscheidung des LAG Chemnitz vom 21. Dezember 1933, daß ein Humorist nicht die Gefahr des Durchfallens seiner Nummer trägt, weil der Unternehmer mit solchen Störungen bei vorsichtiger Kalkulation rechnen müsse[16]). Auch die politischen Fälle dieser bewegten Zeit werden auf alte Weise geregelt. Folgerichtig wird den Angestellten auf die Dauer verbotener sozialistischer Druckereien der Lohn durch das Arbeitsgericht Greifswald am 5. Juli 1933 verweigert[17]). Bei kurzfristiger Betriebsunterbrechung infolge des Warenhaus- und Judenboykotts bejaht dagegen das AG München am 17. August 1933[18]) und das Reichsarbeitsgericht

---

[14]) Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 1934, S. 19.

[15]) ArbRspr. Bd. 33, LAG., S. 95. Die Vorentscheidung des Arbeitsgerichts Hindenburg ist Bd. 32 ARBG., S. 198 abgedruckt. Zustimmung Hueck in den Anm.

[16]) ArbRspr. Bd. 2, LAG., S. 194.

[17]) ArbRspr. Bd. 19, ArbG., S. 115.

[18]) ebendort, S. 118.

am 17. Juli 1934[19]) die Lohnzahlungspflicht. Stets erscheint die alte Begründung.

Nach Inkrafttreten des AOG trifft man überall die Bezugnahme auf die beiden ersten Paragraphen dieses Gesetzes. Ein frühes Beispiel hierfür ist die Entscheidung des LAG Hannover vom 19. 12. 1934[20]). Diese befaßt sich mit der Frage, ob Musiker ihre infolge der Landestrauer bei dem Tode des Reichspräsidenten von Hindenburg ausgefallenen Arbeitstage bezahlt verlangt können. Das LAG will eine Haftung aus § 2 AOG nicht gelten lassen, da dieser nur allgemeine Grundsätze enthalte ,bejaht aber eine Anwendung des § 1 AOG und kommt so zur Bejahung des Lohnanspruchs. Diese Unterscheidung ist nicht überzeugend. Beide §§ sind doch ziemlich allgemein gefaßt.

Großzügiger greift mit Recht das Reichsarbeitsgericht im Urteil vom 27. März 1935[21]) einen gleichgelagerten Fall auf. Diese Entscheidung ist wohl als die grundlegende der neuen Rechtsprechung anzusehen. Sie geht von den alten Grundsätzen aus, aber prüft die Frage, ob diese nach dem Durchbruch der nationalsozialistischen Weltanschauung und angesichts der Neuordnung durch das AOG unverändert aufrecht erhalten werden können[22]). Hier ist, wenn auch etwas vorsichtig, der grundsätzlich neue Ausgangspunkt anerkannt. Das RAG läßt aber dahingestellt, ob der neue Standpunkt eine Abweichung von den alten Regeln verlange, da es im vorliegenden Falle nicht darauf ankäme. Hier bleibt also noch ein Punkt zu klären übrig. Den Gedanken des RAG hat auch das LAG Hamburg am 16. November 1936[23]) aufgegriffen. Das Reichsarbeitsgericht geht in der genannten Entscheidung vorsichtig um die Frage herum, ob eine Verschärfung der Haftung des Unternehmers geboten sei. Es zitiert ausdrücklich die Meinung von Stoll, schließt aber mit den Worten, eine Auseinandersetzung mit dieser Rechtsauffassung sei nicht geboten. „Denn auch von ihrem Standpunkte aus kann sich eine dem Beklagten günstige Lösung keineswegs ergeben." Die Verstärkung der Haftung wird also für möglich erachtet, eine Schwächung dagegen offenbar nicht. Daß dieses bloße Spielen mit der Möglichkeit einer Haftungsverschärfung sich bei der Beweglichkeit des Ermessensrahmens schon selbst als Verschärfung auswirken kann, beweist das mit gleicher Begründung versehene Urteil des LAG Hamburg, das schon angeführt wurde. Ein Zettelverteiler mußte 6 Wochen

---

[19]) ArbRspr. Bd. 21, RAG., S. 162.
[20]) ArbRspr. Bd. 22, LAG., S. 169.
[21]) RAG. Bd. 15, 57 amtl.
[22]) ebenda.
[23]) ArbRspr. Bd. 28, LAG., S. 87.

feiern, weil das Zettelverteilen wegen der Kieler Olympiade auf diese Zeit verboten wurde. Die Lohnzahlungspflicht wird bejaht. Das Ereignis des Verbots wird sowohl nach der neuen, als nach der alten Regel als vom Unternehmer zu vertreten betrachtet. Eine Verschärfung ist es auch, wenn aus dem Gemeinschaftsgedanken abgeleitet wird, man könne die Betriebsrisikorechnung auf eine Firma nicht mehr anwenden, wenn sie sich in Liquidation befinde. Hier fehle die konkrete Gemeinschaft[24]).

Außer dieser Verschärfungstendenz darf noch eine zweite Eigentümlichkeit der neuesten Rechtsprechung nicht unerwähnt bleiben, für die es vor 1933 keine Beispiele gibt. In Zweifelsfällen wird nämlich zur Zahlung eines Teilbetrages des Lohnes verurteilt[25]). In der Entscheidungsreihe betreffend die Musikerentlöhnung bei Landestrauer hat das Arbeitsgericht in Kaiserslautern am 28. August 1934 den Musikern den halben Lohn zugesprochen, weil dies Treu und Glauben am meisten entspreche[26]). Auch das LAG Hannover will am 19. Dezember 1934 „den § 254 BGB entsprechend anwenden".

Es kommt allerdings zur vollen Verurteilung des Gaststättenbesitzers, da dieser durch die Landestrauertage keine nennenswerte Geschäftseinbuße erlitten habe. Das RAG erwägt ebenfalls die Möglichkeit einer teilweisen Verurteilung in der Entscheidung vom 27. 3. 1935[27]). In ähnlicher Weise hat das LAG Königsberg einem Milchkutscher, der infolge der Marktregelung nicht mehr beschäftigt werden durfte, am 12. August 1935 eine kleine Geldentschädigung bis zur nächsten Beschäftigung zugesprochen, weil den Unternehmer als dem sozial bessergestellten das fragliche Verbot nicht so hart treffe, wie den arbeitslos werdenden Arbeiter[28]). Das LAG bejaht hier ausdrücklich, daß das Verbot nicht voraussehbar gewesen sei und eine Lohnzahlungspflicht an sich nicht bestehe[29]).

Nach diesen Beispielen erscheint es schwierig, ein Gesamtbild der Rechtsprechung der heutigen Zeit zu zeichnen. Andeutungsweise läßt sich nur folgendes sagen: Die alten Richtlinien sind nicht ganz beseitigt. Es zeigen sich aber überall Ansätze zu neuen Gedanken. Gemäß dem allgemeinen Wirtschaftsaufschwung wird die Haftung des Unternehmers eher verschärft. Methodisch sehen wir eine Rückkehr zu einem Gesetze, das dem Richter wieder die Möglichkeit gibt, seiner Überzeugung gemäß zu richten.

[24]) Ein richterliches Gestaltungsrecht wie es auch Lange „Vom alten zum neuen Schuldrecht" fordert.
[26]) ArbRspr. Bd. 21, Arb. G. S. 224.
[27]) ArbRspr. Bd. 23, RAG., S. 290.
[28]) ArbRspr. Bd. 25, LAG., S. 207.
[29]) ebenda, S. 210.

II. Teil:

Ergebnisse.

A. Das Richterrecht als eine der Denkformen für eine Rechtsentwicklung.

1. Die Arten der Rechtsfindung als Formen der Entwicklung zum Richterrecht.

Nachdem wir nunmehr die Entwicklung der Lehre vom Betriebsrisiko überblicken, muß es unsere Aufgabe sein, die daraus für die Lehre vom Richterrecht folgenden Ergebnisse darzustellen. Das Ergebnis kann nicht eine neue Theorie zur Lehre vom Richterrecht sein. Damit würde kein über den Dingen stehender Standpunkt angenommen werden. Das Ergebnis liegt vielmehr in der Möglichkeit einer Betrachtung, wie der vorliegenden selbst. Im Schrifttum erscheinen die miteinander streitenden Theorien als nebeneinander stehende Grundsätze. Hier ist dieses Nebeneinander in ein Nacheinander aufgelöst worden. Dabei hat sich diese Betrachtungsweise als angemessen herausgestellt. Jede Theorie ist im Gegensatz zu einer älteren geworden und nur aus ihr verständlich. Alle Ansichten knüpfen sich zu einer Kette von Ursachen und Wirkungen zusammen.

Als Ergebnis läßt sich also zusammenfassen, daß das Richterrecht eine Denkform ist, die neben vielen anderen die Rechtsentwicklung vorwärts gehen läßt. Ob und wie das Richterrecht zum Durchbruch kommt, hängt von dieser Entwicklung ab. Diese selbst aber wird von zahlreichen außerordentlichen Dingen beeinflußt, die die bisherigen Theorien immer wieder als ungenügend erscheinen lassen. Um zunächst das Richterrecht im Zusammenhang mit jenen Denkformen zu sehen, müssen wir den von uns beschriebenen Werdegang in ihren methodischen Beziehungen noch einmal allgemein umreißen.

Da ja die Entwicklung der Gedanken des Gesetzgebers Hauptaufgabe des Richters ist, steht am Anfange eine Zeit, in der sich die richterliche Tätigkeit äußerlich durch nichts von seinen son-

stigen unterscheidet. Obwohl also der Richter mit Notwendigkeit eigene Gedanken seiner Entscheidung zu Grunde legen muß, weil ihm vom Gesetz eine geeignete Lösung nicht zur Verfügung gestellt wird, versteht er doch seine Gedanken zu verbergen, ja vielleicht vor sich selbst geheim zu halten. Dieser Zustand wird Kryptosoziologie oder verächtlicher Begriffsmaskerade genannt [1]). Die Mittel hierzu sind die Begriffsumdeutung, die entsprechende Anwendung und namentlich die Generalklausel. Die Übereinstimmung des äußeren Bildes hat manchen dazu geführt, jede richterliche Tätigkeit als Begriffsmaskerade zu bezeichnen, die nur den Weg zum freien Richterrecht verbaue [2]). Wirklich ist der Unterschied oft gering. Eine Entscheidung, die ihrem Inhalte nach die reinste Gesetzesanwendung ist, ist geschichtlich gesehen vielleicht ein Baustein zum Richterrecht. Nur das Endergebnis kann also lehren, ob das eine oder das andere der Fall ist. Dabei ist aber nicht aus dem Auge zu verlieren, daß man von Richterrecht nur bei allgemeinen und vom Gesetz abweichenden neuen Rechtsgedanken reden kann. Daher wird in der Zeit vor dem Durchbruch des Richterrechts zwar nicht die einzelne Entscheidung, aber das allgemeine Bild der Rechtsprechung ein anderes sein, als auf Gebieten, wo sich kein Richterrecht anbahnt. Die Rechtsprechung wird zerfahren sein und Unregelmäßigkeiten zeigen, die vom Standpunkt des positiven Rechts aus unbegreiflich sind und sich nur aus dem kommenden Richterrecht erklären lassen. Diesen Zustand haben wir insbesondere bei der Inflationsrechtsprechung geschildert.

An dieses Stadium schließt sich eine weitere Stufe an, auf der die neu auftauchenden Gedanken in den Urteilsgründen erscheinen, ohne daß die positivrechtliche Begründung aufgegeben würde [3]). Hier kann man von einer zweispurigen Begründungsart sprechen. Naturgemäß gibt es zwischen den rein positivrechtlichen [4]) und den rein richterrechtlichen [5]) Entscheidungen viele Zwischenstufen. Wichtig ist hier besonders der logische Rang, der von den einzelnen Entscheidungen selbst den nebeneinander stehenden Begründungen eingeräumt wird. Die erste Form ist daher die bloße unbestimmte Behauptung, daß das Ergebnis auch gerecht sei. Weiter geht es schon, wenn Billigkeitserwägungen zwar erörtert werden, aber ausdrücklich dagegen Verwahrung

---

[1]) Heck, Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz, S. 95 und Lange: Lage und Aufgabe der Privatrechtswissenschaft, S. 14.
[2]) Wie es die jüdisch bestimmte Freirechtsschule tut.
[3]) RGJW. 1918, S. 261.
[4]) RGZ., S. 179.
[5]) RAG., Amtl. Bd. 2, S. 74.

eingelegt wird, daß diese Einfluß auf die Entscheidung gehabt haben könnten. Hierzu gehört die bei der Lehre vom Betriebsrisiko häufig auftauchende Wendung der Kriegsrechtsprechung: [6]) „Durch die Vorschriften des geltenden Rechts ist dem Richter nicht die Machtbefugnis erteilt, zur Milderung von Härten des Krieges einen Ausgleich zu schaffen." Eine weitere Stufe ist es, wenn die sozialen Erwägungen ganz offen als Hilfserwägung erscheinen, was dann aus dem Gesetz selbst etwa mit der Behauptung gerechtfertigt wird [7]). „Im BGB läßt sich das Bestreben erkennen, aus sozialen Erwägungen den Arbeiter zu schützen." Hierhin gehört auch der bei der Abstrakheit des BGB eigentümlich anmutende Streit zwischen Koffka und Karger, ob jenes Gesetzbuch arbeiterfreundlich sei [8]). Als Mittelpunkt dieser Entwicklung steht eine Entscheidung da, in der beide Begründungsarten ohne Vorzug nebeneinander und durcheinander verwandt werden [9]). Weiter gehen Entscheidungen, die die richterrechtlichen Gedanken in den Mittelpunkt der Betrachtungen stellen, aber dennoch auf einer positivrechtlichen Hilfserwägung nicht verzichten wollen. So sagt z. B. das berühmte Reichsgerichtsurteil aus dem Jahre 1923, man dürfe, um zu einer befriedigenden Lösung des Streits zu gelangen, überhaupt nicht von den Vorschriften des BGB ausgehen. Dennoch fährt das Urteil fort: „Dieses aus den sozialen Verhältnissen gewonnene Ergebnis läßt sich aber auch ohne Schwierigkeiten den Vorschriften des BGB einfügen." Hierauf folgen noch einige gesetzestreue Erwägungen. Noch klarer tritt das Bild bei Entscheidungen hervor, die irgend einen § zwar noch erwähnen, auf seinen Inhalt aber überhaupt kein Gewicht mehr legen. So sagt das LAG Köln: [10]) „Das Landesarbeitsgericht schließt sich also unter Ablehnung der übrigen oben angeführten Gesichtspunkte der Ansicht Nr. 2, daß § 615 BGB anwendbar ist, an und zwar in erster Linie aus sozialen Erwägungen." Hierauf folgen noch sehr viele soziale, aber nicht mehr die geringsten positivrechtlichen Erwägungen. Der § 615 BGB wird also lediglich als Etikett für ein anderweit gewonnenes Ergebnis benutzt. Den Schlußpunkt bilden dann Entscheidungen, die nur unter Berücksichtigung der maßgebenden sozialen Gesichtspunkte entscheiden [11]) und in denen das Gesetz höchstens anläßlich eines Tadels an den Vorderrichter erwähnt wird, der von der veralteten Rechts-

---

[6]) RGZ. Bd. 87, S. 351.
[7]) ArbRspr. Bd. 1, LAG., S. 358, Görlitz.
[8]) DJZ. 1920, S. 644 bzw. 716.
[9]) ArbRspr. Bd. 1, LAG. 142 Münster.
[10]) ArbRspr. Bd. 3, LAG., S. 121.
[11]) ArbRspr. Bd. 1, LAG., S. 939.

findungsmethode noch nicht abgerückt sei [12]). Außer diesen Unterschieden im logischen Aufbau der Entscheidungsgründe sind auch rein räumliche Verhältnisse nicht aus den Augen zu verlieren. Es ist ein Unterschied, ob die positivrechtlichen oder die richterrechtlichen Gedanken den breiteren Raum einnehmen und welche an erster Stelle erscheinen. Hierzu ist oben schon das Urteil des LAG Köln als Beispiel genannt worden. Alle diese Unterschiede sind zwar zu einem Teil auf die Art des jeweiligen Richters zurückzuführen, geben aber in doppelter Hinsicht stets auch wichtige entwicklungsgeschichtliche Aufschlüsse. Einerseits zeigen sie uns, wie weit die Entwicklung schon vorgeschritten ist, andererseits geben sie bei höchstrichterlichen Entscheidungen den Rang an, den das Urteil für die Weiterentwicklung zu spielen berufen ist. So hat z. B. die kleine positivrechtliche Hilfserwägung in dem eben erwähnten Reichsgerichtsurteil aus dem Jahre 1923 Mißverständnisse in großer Fülle verursacht und die endgültige Durchsetzung der Gedanken dieses Urteils über ein halbes Jahrzehnt verzögert. Etwas der hier beschriebenen zweispurigen Entscheidungsart ähnliches gibt es überall in der Rechtsprechung. Es dürfte zum mindesten in der heutigen Zeit kein Gerichtsurteil von Belang ohne den Satz geben, daß das Ergebnis auch der Billigkeit und dem Volksempfinden entspräche. Aber hier handelt es sich viel mehr darum, die Gerechtigkeitsgedanken des Gesetzes selbst noch einmal in gemeinverständlicher Form für die beteiligten Laien darzulegen. Aus demselben Bestreben erklärt sich die von den Untergerichten vielfach beliebte Art, in den Entscheidungsgründen Gesetzesstellen und Fachausdrücke ganz wegzulassen, ohne sich aber von dem Gesetze zu entfernen. Dies alles hat indes mit Richterrecht nichts zu tun. Dieses wird vielmehr durch neue Gedanken gekennzeichnet.

Eine weitere Stufe bildet die Abstreifung jeder Rücksichtnahme auf das geschriebene Gesetz. Diese ist beim Betriebsrisikoproblem durch das Urteil des RAG vom 28. Juni 1928 gekennzeichnet. Das bedeutet aber noch nicht den Endpunkt. Im Gegenteil tritt in diesem Augenblick sogar eine gewisse Ungewißheit ein. Erst allmählich wird die Rechtsprechung wieder fest. Durch eines unterscheidet sich dieser Zeitabschnitt des Richterrechts aber von Anfang an von den vorhergehenden Perioden, nämlich durch die klare Erkenntnis der für das werdende Recht erheblichen Fragestellung. Vorher mögen schon viele Gedanken sittlicher oder sozialer Natur angeführt worden sein. Aber es fehlt an einem einheitlichen System. So sind die Entscheidungen höherer Gerichte Mißdeutungen ausgesetzt. Als Beispiele haben wir die sogenannte Be-

[12]) ArbRspr. Bd. 3, RAG., S. 86.

triebslohnfondstheorie und die Theorie der höheren Gewalt von Claren kennen gelernt. Mit dem Durchbruch des Richterrechts dagegen haben wir wenigstens eine klare Fragestellung. Diese bedingt aber noch nicht die klare Antwort. Das nächste Ziel muß die Herausbildung von Richtlinien sein.

Diese kann in doppelter Weise vor sich gehen. Die Regeln können vorsichtig zunächst für einen Sonderfall aufgestellt werden, und bei einem neuen Fall die einzelnen Punkte der Abweichung geprüft und untersucht werden. Als Beispiel haben wir oben die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Elberfeld vom 4. April 1928 im Textilarbeiterstreik angeführt [13]), die die Grundsätze des Urteils des Reichsgerichts aus dem Jahre 1923 mühsam fortzuentwickeln versucht. Diese Methode entspricht dem englischen Präjudizienrecht [14]). Der deutschen Rechtsprechung ist es aber angemessener, in einer Entscheidung über die Bedeutung des vorliegenden Falles hinaus auf einmal die Richtlinien zu geben. Ein klassisches Beispiel hierfür ist die schon genannte Entscheidung des RAG vom 20. Juni 1928 [15]).

Hier wird in kühner Weise ein wohlgegliedertes System von Gedanken entwickelt. Freilich fehlt es dabei nicht an einer Rückversicherung. Allgemeine Grundsätze lassen sich nicht aufstellen, heißt es, sondern nur Richtlinien. Jedenfalls ist dadurch die allgemeine Marschrichtung gegeben.

2. Das Richterrecht als Grundlage neuer Rechtsentwicklung.

Das Zeitalter der Weiterentwicklung verläuft nicht ohne Hemmnisse. Es steht im Zeichen gegenseitiger Vorwürfe. So hält z. B. das LAG Münster am 22. Sepetmber 1927 die Ansicht des RAG für im Widerspruch mit dem natürlichen Rechtsempfinden und dem natürlichen Verstand stehend [16]), umgekehrt halten zahlreiche RAG-Entscheidungen mit ihrem Tadel nicht zurück, daß die unteren Gerichte von ihrem Standpunkt noch nicht abgerückt seien [17]). Allmählich klärt sich aber die Lage und es macht sich ein gewisser Schematismus in der Anwendung der Richtlinien geltend [18]). Zu neuen Entwicklungen kommt es erst wieder in Zeiten geistigen Umbruchs, wie wir sie heute erleben. Am Ende

---

[13]) ArbRspr. Bd. 3, LAG., S. 127.
[14]) Wie es Llewellyn in seinem „Präjudizienrecht in Amerika" bei den praktischen Fällen im 2. Teil des Buches schildert.
[15]) RAG. amtlich Bd. 2, S. 74.
[16]) ArbRspr. Bd. 1, LAG., S. 142.
[17]) ArbRspr. Bd. 3, RAG., S. 86.
[18]) ArbRspr. Bd. 8, RAG., S. 2160.

jeder Rechtsentwicklung muß die Frage aufgeworfen werden, wie das Ergebnis in methodischer Hinsicht aussieht. Wenn wir mit Carl Schmitt drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens unterscheiden wollen, den Normativismus, Dezisionismus und das konkrete Ordnungsdenken [19]), so fällt von diesen Formen jedoch der Dezisionismus fort. Dieser ist vielmehr eine Form des sich noch entwickelnden Richterrechts. Eine endgültige Lösung kann, wenn es überhaupt dazu kommt, entweder in der Aufstellung einer neuen Norm oder eines neuen Ordnungstypus bestehen. Welche Form gewählt wird, läßt sich nicht vorausbestimmen. Doch wird sich hier wohl immer das Gesetz des Widerspruches geltend machen. Wenn sich das Richterrecht, wie bei der Frage des Betriebsrisikos aus Gesetzesrecht hinaus entwickelt, wird das Ergebnis dem konkreten Ordnungsdenken nahestehen. So ist vielleicht auch die Rechtsprechung des RAG über das Betriebsrisiko zu verstehen. Sie geht von der Vorstellung von einem guten Unternehmer aus und fragt sich, ob dieser im konkreten Einzelfall wohl Lohn zahlen würde, sei es, daß bei ihm das Unglück garnicht geschehen wäre, sei es, daß er hierfür Rücklagen gebildet hätte.

Wenn wir so die Entwicklung in allen Stufen überblicken, könnte man die Frage aufwerfen, auf welcher das erste Mal von einem geltenden, d. h. allgemein verbindlichen Rechtssatz, nicht mehr von einer Meinung des jeweiligen Richters geredet werden kann. Diese Frage wird vielfach als die wichtigste in der Rechtsquellenlehre aufgefaßt. Indes zeigt gerade die von uns angestellte geschichtliche Betrachtung, wie unmöglich eine Beantwortung ist. Denn ein Zustand geht in den anderen oft fast unmerklich über.

B. Die Stellung des Richterrechts im Leben des Volkes.

1. Wirkungen auf die Richterrechtsentwicklung von außen her.

Die so geschilderte Entwicklung ist in ihrem Gesamtverlaufe von den äußeren Einflüssen nicht zu trennen, die zu Neuschöpfungen immer wieder Veranlassung geben. Eine erschöpfende Aufzählung derselben ist unmöglich. In erster Linie sind die Einflüsse der übrigen für das Recht erheblichen Kräfte zu nennen. Namentlich Gesetzgebung, Wissenschaft und Kautelarjurisprudenz.

[19]) Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, insbesondere S. 12 bzw. 24 bzw. 21.

Wenn von dem Einfluß der Gesetzgebung auf das Richterrecht die
ede ist, so ist dabei selbstverständlich nicht an die Gesetze ge-
acht, die den Gegenstand selber betreffen. Denn dann würde es
ch ja lediglich um Gesetzesanwendung handeln. Vielmehr kön-
en auch Gesetzes von Bedeutung sein, die mit der Sache nichts
tun haben, aber kraft ihrer grundsätzlichen Tragweite auch
f anderen Gebieten Spuren hinterlassen. Hierzu gehört etwa
r Gedankengang des Reichsgerichts [1]), daß den durch das Be-
iebsrätegesetz erweiterten Rechten der Arbeitnehmerschaft auch
f dem Gebiete des Privatrechts erweiterte Pflichten entsprechen.
ieser Gedankengang ist weder Gesetzanalogie, noch Rechts-
nalogie. Zu ersterem fehlt die Ähnlichkeit der konkreten Frage-
ellung, zum zweiten die Allgemeingültigkeit des neuen Ge-
nkens der Solidarität der Arbeiter. Allgemeingültig ist viel-
ehr der alte Gedanke des individuellen Arbeitsvertrages. Der
eue ist erst auf einem engen Teilgebiete zum Durchbruch ge-
ngt. Aber dennoch schafft er sich immer mehr Raum. Eine
setzestreue Rechtslehre wird eine solche Gedankenführung
mmer ablehnen [2]). Unter diesem Gesichtspunkt läßt sich auch
e Frage betrachten, welchen Einfluß die Änderung der program-
atischen Sätze einer Verfassung oder das Programm der NSDAP
f die Entwicklung haben könnte. Auch bloße Gesetzesentwürfe
önnen von Bedeutung sein, so der § 76 des nicht Gesetz gewordе-
n Arbeitsrechtsentwurfes vom Jahre 1923.

Beim Einfluß der Wissenschaft sind zunächst die Fälle auszu-
neiden, in denen die Wissenschaft selbst zur Bildung von Regeln
langt ist, wofür wir im gemeinen Recht viele Beispiele haben.
ann liegt lediglich Wissenschaftsrecht vor. Oft wird die Wissen-
haft aber nur zu einer Aufdeckung der Fragestellung gelangen.
uch dann ist der Einfluß auf die Richterrechtsbildung offen-
ndig. Dabei erfolgt aber selten eine Rücksichtnahme auf die
nzelheiten des schriftstellerischen Gedankengefüges. Einen ge-
ssen Einfluß übt auch die Kautelarjurisprudenz aus. Hier haben
r auf dem Gebiete des Arbeitsrechts das Beispiel der Tarif-
rträge. Diese gehören ihrem Stile nach nicht zur Gesetzgebung,
ch wo sie als objektive Rechtsquellen gelten. Denn sie werden
n den unmittelbar Beteiligten aus den Erfahrungen des Alltags
raus wie ein Vertrag ausgehandelt. Begreiflicherweise herrscht
er oft ein Kampf zwischen den Richtern und dem Rechtswahrer,
r die Vertragsbedingungen abfaßt. Die Waffe des Richters heißt
bei einschränkende Auslegung unter Ausnutzung von Unklar-
iten. Der Richter wird in diesem Kampfe nicht selten zur klaren

[1]) RGZ. Bd. 106, S. 272.
[2]) Noerpel: Neue Wege der Rechtsprechung, Arb. Recht 1926, S. 97.

Herausstellungen seiner Grundsätze gezwungen und so die Richterrechtsentwicklung gefördert.

Bei der Lehre vom Betriebsrisiko bemächtigt sich der Tarifvertrag sehr bald der Regelung.

Die Möglichkeit, hier die Rechtsätze des BGB abzudingen, wurde von den Gerichten von Anfang an bejaht, obwohl es sich bei § 615 BGB um eine soziale Vorschrift handelt[3]). Daß aber eine gewisse Abneigung des Richters gegen die Abdingung bestand, beweist die Auslegung folgender Bestimmung in der Rechtsprechung. Oft wurde bestimmt: „Bezahlt wird nur die wirklich geleistete Arbeit. Versäumte Arbeit wird nur bezahlt 1. bei Begräbnis naher Angehöriger, 2. bei ähnlichen Trauerfällen, die im einzelnen aufgeführt werden." Diese Bestimmung wurde sowohl vor wie nach dem Durchbruch des Richterrechts in Fällen des Betriebsrisikos nicht angewandt[4]). Es liege in solchen Fällen keine versäumte Arbeit vor. Die Beispiele des Ausnahmesatzes bewiesen, daß man nur den § 616 BGB habe abdingen wollen, in dem die Weiterzahlung des Lohnes bei Krankheit oder persönlichen Hinderungsgründen vorgeschrieben ist.

Der Richter hält sich also lieber an den unklaren zweiten Satz, als an den klaren ersten. Er gelangt so zu einer einschränkenden, ja die rechtliche Tragweite beinahe vernichtenden Auslegung der arbeiterfeindlichen Vertragsbestimmung. Der Erfolg dabei ist aber die klare Unterscheidung der §§ 616 und 615 BGB und die Ausscheidung des ersten Paragraphen aus unserem Fragenkreis.

Mit besonderer Zurückhaltung mußte der Richter nach dem Durchbruch des Richterrechts den Vertragsbestimmungen gegenüberstehen, die aus der alten Zeit stammten. In einem Urteil des RAG aus dem Jahre 1930[5]) heißt es: „Bei der Auslegung ist die Fortentwicklung der Rechtsprechung zu beachten." So kommt man zu der Auslegung, nach der eine arbeiterfeindliche Vertragsklausel überhaupt keine Bedeutung mehr hat. Im Urteil des RAG vom 20. Oktober 1930 wird es noch klarer ausgesprochen:[6]) „Alte Tarifbestimmungen sind kein Hindernis für das Eindringen neuer Rechtsanschauungen." Außer diesen Tatsachen sind weiterhin auch die Ereignisse des übrigen Lebens nicht außer Acht zu lassen. Von den wirtschaftlichen Wandlungen haben wir den Einfluß von Krieg, Kriegsende, Inflation, Ruhr-

[3]) Vgl. 20 Entscheidungen bei Potthoff-Jadesohn-Meissinger 1927, Nr. 825 a.

[4]) ebenda Nr. 831 c und nachher in ArbRspr. Bd. 1, LAG., S. 142, S. 358 und Bd. 4, RAG., S. 149.

[5]) ArbRspr. Bd. 8, RAG., S. 413.

[6]) ArbRspr. Bd. 10, RAG., S. 437.

einbruch, Markstabilisierung, wirtschaftliche Scheinblüte, Krisenzeit, Umschwung und wirtschaftlicher Aufschwung hervorgehoben. Daneben laufen die weltanschaulichen Wandlungen. In dieser Hinsicht haben wir nachgewiesen, wie sich der Richter der Vorkriegszeit unter dem Einfluß liberaler Gedanken bewußt von sozialen Wertungen freihielt, wie im Zwischenreiche marxistische Ideen vordrangen, ja der Begriff der klassenkämpferischen Solidarität der Arbeiter zum Rechtsbegriff erhoben wurde und wie in den heutigen Tagen die Begriffe der Treue und der Gemeinschaft immer mehr in den Vordergrund treten.

Die Beeinflussung des Richterrechts durch äußere Dinge ist so offenbar, daß sie nirgend geleugnet wird. Vielfach wird sogar das Richterrecht übertrieben mit diesen äußeren Einflüssen gleichgestellt. Man redet auf freundlicher und feindlicher Seite von einer soziologischen oder sozialen Art der Rechtsprechung. Bezeichnend ist hier besonders der sogenannte Methodenstreit im Arbeitsrecht, der ganz mit diesen Begriffen arbeitet [7]). Dies ist aber einseitig gesehen. Zum Einfluß gehört immer einer, der sich beeinflussen läßt und in der Auswahl der erfolgreichen Einflüsse wird wieder etwas offenbar, was sich in Äußerlichkeiten nicht erschöpft, nämlich der Geist der Rechtsprechung.

2. Die Bewährung des Richterrechts im Rechtsleben.

Das Richterrecht ist nicht nur äußerlichen Einflüssen ausgesetzt, sondern wirkt auch selbst im Leben des Volkes. Vielfach wird die Behauptung aufgestellt, es fördere die Rechtsunsicherheit, und führe zu einer Vervielfältigkeit von Rechtsstreitigkeiten und dazu, daß alle Prozesse bis zum höchsten Gericht getrieben werden müßten. Dies kann aber höchstens für das werdende Richterrecht zugegeben werden. Das fertige Richterrecht bildet feste Regeln aus, die zumindest eben so sicher sind, wie das Gesetz. Freilich setzt die Rechtssicherheit ein gewisses Verständnis der Rechtsunterworfenen für die Rechtsregeln voraus. Der nur am Gesetz

[7]) Für soziologische Rechtsprechung traten ein: Sinzheimer in „Grundzüge" S. VI, Fritz Schneider und Ludwig Bendix „Das Betriebsrisiko" S. 129 ff. Dagegen wandte sich Franz Neumann in „Richterliches Ermessen und Methodenstreit im Arbeitsrecht" Arb. Recht 1929, S. 321. Kaskel fordert im Vorwort seiner ersten Auflage seines Arbeitsrechts die Ausschaltung politischer und sozialer Phrasen. Nipperdey wendet sich in NZfAR. 1922 S. 45 gegen die feuilletonistisch soziologische Betrachtungsweise. Vermittelnd hält Silberschmidt S. 5 die Mitberücksichtigung der soziologischen Methode für begrüßenswert.

geschulte Rechtswahrer mag sich daher gegenüber neuen Regeln unsicher fühlen. So kann es kommen, daß in dem bürgerlich rechtlichen Schrifttum die in der Rechtsprechung ausschließlich herrschende Lehre vom Betriebsrisiko immer noch nicht durchgedrungen ist.

Schluß.

Wertende Stellungnahme.

Die Leitgedanken der Arbeit seien zum Schluß noch einmal in folgenden Sätzen zusammengefaßt:

1. Jeder Rechtssatz ist Ergebnis und Ausdruck der Gesamtentwicklung des Volkes.
2. Das Recht ist nicht in ein logisches System zu bringen und bedarf der Hilfsbegriffe, um jene Entwicklung zu ermöglichen.
3. Das Richterrecht ist ein solcher Hilfsbegriff.
4. Wo an dem Gesetze als Hauptrechtsquelle festgehalten ist, ist die Entwicklung des Richterrechts meist Ausdruck einer besonders raschen Entwicklung.
5. Die Frage der Geltung ist beim Richterrecht nicht klar zu beantworten.
6. Das gemeinsame Rechtsbewußtsein gewährleistet trotzdem auch auf diesem Gebiete eine genügende Rechtssicherheit.

Wir überblicken nunmehr die Stellung des Richterrechts im System des Rechts und im Leben des Volkes. Als letzte Frage stellen wir uns deshalb, wie das Richterrecht vom sittlichen Standpunkte aus und insbesondere vom Standpunkt des Nationalsozialismus zu werten ist.

Wir sagen, daß das Richterrecht eine Denkform ist, die der Rechtsentwicklung dient. Diese wird niemand verbannen können oder mögen. Auch eine einheitliche Weltanschauung hält die Entwicklung nicht auf einem Standpunkt fest, gibt ihr vielmehr einen festeren Richtpunkt. Ob aber diese Entwicklung sich in der Form einer Richterrechtsbildung vollziehen soll, läßt sich allgemein nicht sagen und muß in jedem Einzelfalle dem Gewissen des Richters überlassen bleiben.

Schrifttum.

r e c h t : Das Recht der nationalen Revolution. 1934.
e r : Annahmeverzug und Betriebsgefahr, ArbR. 1922, S. 353.
l e r s e n : Das Gewohnheitsrecht. Grünh. 1937, S. 337.
t e s s : Betriebsstockungen infolge Notverordnung. In: „Der Arbeitgeber" 1931, S. 391.
e r s w a l d : Lohnanspruch bei Betriebseinstellungen wegen Mangels an Brennstoff oder infolge Anordnungen der Kommandogewalt. GuKG. 22. Jg., S. 218. 1916.
' r e c h t : Die Rechtsfolgen des Streiks. 1919.
l : Rechtsverhältnisse der Arbeitgeber und Arbeitnehmer. 1912.
ı m : Der Einfluß des Kriegszustandes auf den Arbeitsvertrag. JW. 1914, S. 815.
ı d i x, J.: Das Betriebsrisiko, ArbR. 1922, S. 219.
Mehrdeutige Tatsachen, mehrdeutige Gesetze und die Aufgabe des Richters. ArbR. 1929, S. 673.
Die irrationalen Kräfte der zivilrichterlichen Urteilstätigkeit. 1927.
s e l e r : System des gemeinen deutschen Privatrechts. 1847.
e r : Leistungsmöglichkeit und Annahmeverzug. 1910. Gruch. 54, S. 493.
l m a n n : Die schlechte Geschäftslage in der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts. DAR. 1934, S. 125.
ı n d t : Entlohnug von Arbeitern im Falle der Betriebseinschränkung oder Betriebseinstellung wegen Kohlen- oder Strommangels. Der Arbeitgeber, 1919, S. 249.
c h w a l d : Der Lohnanspruch bei Streik. ArbR. 1922, S. 257.
Der Lohnanspruch bei Betriebsstockung. ArbR. 1922, S. 361.
l d e b e r g : Der Betrieb als Kollektivbegriff des modernen Arbeitsverfassungsrechts. ArbR. 1926, Sp. 117.
l l a : Das Betriebsrisiko in Kleinbetrieben. Blätter für Arbeitsrecht, 1931, Nr. 14.
ı r e n : Die Frage des sogenannten Betriebsrisikos, insbesondere in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und Reichsarbeitsgerichts. Bonner Dissertation 1930.
ɔ n e : Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. 1934.
r t i : Englands Privat- und Handelsrecht, 1927.
n k s c h r i f t der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin: Lohn und Gehalt bei Streiks und anderen Arbeitshindernissen. 1919.
r s c h : Arbeitsrecht. 4. Auflage des Kaskel'schen Lehrbuchs, 1932.
Kommentar zum Arbeitsordnungsgesetz. 1934.
Der Arbeitsvertrag im neuen Staat. DAR. 1933, S. 9.
Annahmeverzug beim Akkordvertrag, NZfAR. 1927, S. 339.
r i n g e r - H a c h e n b u r g : Das HGB. Bd. 1, 3. Aufl. 1930.
n e c c e r u s - L e h m a n n : Recht der Schuldverhältnisse. 13. Aufl., 1932.
ı t o w : Bestimmungen über unverschuldete Arbeitsversäumnisse in Tarifverträgen. GuKG. 1924, S. 255.

Fleischer: Der Streik im Nachbarbetrieb. Leipziger Dissertation 1932.
Funke: Die Abhängigkeit der Arbeitnehmer untereinander in Fabrikbetrieben und ihre rechtliche Wirkung. JW. 1921, S. 323.
Gierke: Deutsches Pritvatrecht. 1895 bis 1917.
Harmsen: Die Lohnzahlung bei Betriebsstockung. Hamburger Dissertation. 1925.
Hart: Lexikon der Arbeitsordung. 1934.
Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. 1914.
— Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. 1932.
— Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre. 1936.
Hedemann: Die Lohnzahlung bei Arbeitshindernissen. Festschrift für E. Rosenthal. 1923.
Hein: Der Einfluß der Wirtschaftskrise auf die bestehenden Arbeitsverträge. JW. 1925, S. 185.
Heller: Lohnanspruch bei Streik, ArbR. 1922, S. 480.
Herschel: Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen im Falle des Teilstreiks. ArbR. 1923, S. 682.
Hoeniger (J.): Das Betriebsrisiko im industriellen Arbeitsvertrag, JW. 1922, S. 1703.
Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. 2. Auflage 1938, 5. Auflage 1931.
Hueck: Wirtschaftskrise und Arbeitsvertrag. DAR. 1933, S. 80.
— Anmerkungen der Bensheimer Sammlung.
— Der Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1938, S. 892.
— Deutsches Arbeitsrecht. 1938.
Jacobi (J.): Grundlehren des Arbeitsrechts. 1927.
Jaenecke: Das Betriebsrisiko. Göttinger Dissertation. 1933.
Joerges: Führer und Gefolgschaft im AOG. 1934.
Kahn-Freund (J.): Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts. 1930.
Kallée: Arbeitsrechtskartei, Stichwort: Betriebsgefahr. 1939.
Karger: Ist der Arbeitgeber verpflichtet, seinen Arbeitern für die Tage, an denen die Arbeit wegen Mangels der Beleuchtung oder Beheizung der Arbeitsräumen nicht möglich ist, Lohn zu zahlen? DJZ. 1920, Sp. 710.
Kaskel (J.): Der Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen. NZfAR. 1922, Sp. I.
— Arbeitsrecht. 1. Auflage 1924.
Kisch: Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung beim gegenseitigen Vertrage nach dem BGB. 1900.
Klusmann: Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverweigerung. Der Schlichtungsausschuss. Jahrgang 2, S. 286.
Koehler: Begrenzung der Lohnzahlungspflicht bei Betriebsstockungen. NZfAR. 1922, Sp. 473.
Koenigsberger: Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung. JW. 1924, S. 1245.
Koffka: Ist der Arbeitgeber verpflichtet, seinen Arbeitern für die Tage, an denen die Arbeit wegen Mangels der Beleuchtung oder Beheizung der Arbeitsräume nicht möglich ist, Lohn zu zahlen? DJZ. 1920, Sp. 644.
Kohler: Lehrbuch des BGB. 1904.
— Zwölf Studien zum BGB. Arch. b. R. Jahrg. 13, S. 149. 1897.
Krauss: Der Lehrling im Konkurse und gerichtlichen Vergleichsverfahren des Lehrherrn. JW. 1934, S. 2849.
Kreller: Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. ArchZPr. 122, S. 1, 123, S. 263, 125 S. 1.

Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. 1907. ArchZPr. 101, S. 1.
— Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug. LZ. 1926, Sp. 9.
Krusch: Arbeitsrecht. 1938.
Lange: Von alten zum neuen Schuldrecht. 1934.
— Lage und Aufgabe der Deutschen Privatrechtswissenschaft. 1937.
Lehmann: Wirtschaftskrise und Betriebsrisiko. NZfAR. 1932, S. 1.
Leinen: Die Verbundenheit der Arbeitnehmerschaft. ArbR. 1930, S. 143.
Linding: Heizerstreik. 1920. GuKG. 26. Jg., Sp. 172.
Llewellyn: Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika. 1933.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag. 1902 bis 1908.
Mannsfeld: Vom Arbeitsvertrag. DAR. 1936, S. 118.
— Von der Ordnung der nationalen Arbeit. JW. 1934, S. 593.
— Pohl Kommentar zum AOG. 1934.
Meyer: Zur Lehre von der Gefahrtragung für die Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrage, insbesondere beim Arbeitsvertrage. Bonner Dissertation 1906.
Molitor: Arbeitnehmer und Betrieb. 1929.
— Europäisches Arbeitsvertragsrecht. 1928 — 1930.
— Deutsches Arbeitsrecht. 1938.
Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. 1. Die Unmöglichkeit der Leistung und ihr Einfluß auf das obligatorische Verhältnis. 1853.
Motive zum Entwurfe eines BGB.
Müller (Albrecht): Das Betriebsrisikoproblem auf der Grundlage des neuen Arbeitsrechts. Berliner Dissertion 1935.
— Das Betriebsrisikoproblem im europäischen Arbeitsrecht. DAR. 1936, S. 326.
Müller (Heinz Eberhard): Die Betriebsverbundenheit. Frankfurter Dissertation, 1930.
Neumann: Das Betriebsrisiko. Arbeitsrechtspraxis 1928, S. 219.
— Lohnzahlung bei Betriebsstockungen. JW. 1928, 2890.
— Richterliches Ermessen und Methodenstreit im Arbeitsrecht. ArbR 1929, S. 321.
Nickisch: Grundformen des Arbeitsvertrages und des Anstellungsvertrages. 1926.
— Der Anstellungsvertrag. 1930. Jher. 80, S. 1.
— Arbeitsrecht 1930.
— Gedanken zur Neuordnung des Arbeitsverhältnisses. DAR. 1933, S. 141. Die Ordnung der nationalen Arbeit. 1934. Arbeitsrecht 1936, 1938.
Nipperdey: Besprechung von Sinzheimer „Grundzüge des Arbeitsrechts 1921", S. 45.
Norden: Die Regelung des Betriebsrisikos und der Kurzarbeit in Tarifordnungen. DAR. 1936, S. 103.
Nicolai: Rassengesetzliche Rechtslehre. 1932.
Nörpel: Neue Wege der Rechtsprechung. ArbR. 1926, S. 97.
Oegg: Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgericht. JW. 1930, S. 396.
Oertmann: Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug. 1918. ArchZPr. 116, S. 1.
— Lohnanspruch der Arbeitswilligen. NZfAR. 1922, Sp. 416 und GuKG. 1923, S. 5.
— Deutsches Arbeitsrecht. 1923.
— Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug. LZ. 1927, Sp. 1176.
Oppermann: Der Untergang des BGB. ArbR. 1925, S. 255.
— Deutsche Rechtsgedanken in der neuen Arbeitsverfassung. DAR. 1934, S. 332.

Osswald: Zur Frage des Lohnanspruchs der Betriebsvertretungsmitglieder, insbesondere bei Streik und Aussperrung. NZfAR. 1929, S. 439.
Planck: Strohal, Kommentar zum BGB. 4. Auflage, Bd. 2, 1928.
— Andrée — Greiff, Kommentar zum BGB. 1. Auflage, Bd. 2, 1897.
Phillipp: Lohnanspruch bei Betriebsstockung und Teilstreik. Entwicklung vom Individualrecht zum Sozialrecht. ArbR. 1926, S. 127.
Pommer: Schwankungen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung und Folgerungen aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung über die Natur des Gewohnheitsrechts. Marburger Dissertation, 1929.
Potthoff (J.) — Jadasohn — Meissinger: Rechtsprechung des Arbeitsrechts. 1914 bis 1927, 1928 ff.
— Das Tragen der Gefahr im Arbeitsverhältnis. JW. 1922, S. 551.
— Der Lohn der Arbeitswilligen beim Teilstreik. ArbR. 1923, S. 673.
— Die Beteiligung des Arbeitnehmers am Betriebsrisiko. ArbR. 1924, S. 767.
— Die Verbundenheit der Belegschaft. Schlichtungswesen 1926. S. 154.
— Die gesetzlichen Grundlagen des Arbeitsverhältnisses. ArbR. 1926, S. 147.
— Individuelles und soziales Dienstrecht. DRZ. 1926, 33.
— Rechtsfortschritt durch Rechtsprechung. ArbR. 1926, S. 105.
— Die Fortbildung der Belegschaftssolidarität. ArbR. 1926, S. 1025.
— Verlustgemeinschaft. ArbR. 1926, S. 551.
— Zur Solidarhaftung der Belegschaft. LZ. 1927, S. 1245.
— Zur Tragung des Betriebsrisikos. ArbR. 1929, S. 164.
Protokolle der II. Kommission für ein Entwurf des BGB. 1897 bis 1899.
Prym: Zur Tragung des Betriebsrisikos. Erlanger Dissertation 1930.
Puchta: Das Gewohnheitsrecht. 1828 — 1832.
Richter: Grundsätzliches zum Betriebsrisiko. Arbeitsrechtpraxis 1930, S. 214.
Riezler: Besprechung von „Harmsen, Die Lohnzahlung bei Betriebsstockung". Hamburger Dissertation 1925.
Rohlfing: Der Einfluß der Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Lehrherrn auf den Bestand und Inhalt des Handwerkslehrverhältnisses. NZfAR. 1932, 247.
Rümelin: Dienstvertrag und Werkvertrag. 1905.
Savigny: System des römischen Rechts., 1. Bd., 1840.
Schäfer: Zur Betriebsrisikofrage. Greifswalder Dissertation, 1935.
Schmelzeisen: Die Überwindung der Starrheit im neuzeitlichen Rechtsdenken. 1933.
Schmitt (Carl): Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. 1934.
Schneider: Über die Methode der Arbeitsrechtslehre. ArbR. 1922, S. 192.
Schreier: Die Frage nach der Tragung des Betriebsrisikos im alten und im neuen Arbeitsrecht. Göttinger Dissertation, 1936.
Schulz: Über die Bedeutung der Leistungsunmöglichkeit für das Vorhandensein des Gläubigerverzuges. Breslauer Dissertation, 1909.
Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit. 1935.
— Das Arbeitsverhältnis als sozialrechtliches (personenrechtliches) Rechtsverhältnis. DAR. 1935, 95.
— Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis. DR. 1935, S. 481.
Sigel: Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem BGB. 1903.
Silberschmidt: Das Reichsgericht und der Begriff des Sozialen. Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Bd. 2, S. 1. 1929.

Simson: Der Teilstreik und die Lohnansprüche der Arbeitswilligen. 1925.
Sinzheimer (J.): Grundzüge des Arbeitsrechts. 1. Auflage, 1921. 2. Auflage 1927.
— Über die soziologische und dogmatische Methode in der Arbeitsrechtswissenschaft. ArbR. 1922, S. 784.
— Absatzstockungen und Arbeitsvertrag. ArbR. 1924, S. 473.
— Das Landesarbeitsgericht Elberfeld. ArbR. 1929, S. 289.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. Auflage. Bd. II, 1 (Werner), 1930. Bd. II, 2 (Kober-Nipperdey), 1928.
Stoll: Die Lehre vom Betriebsrisiko und die Neuordnung des Arbeitsrechts. DAR. 1934, S. 199.
— Die Lehre von den Leistungsstörungen. 1936.
Titze: Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerlichen Recht. 1900.
— Das kaufmännische Hilfspersonal. In Ehrenbergs Handbuch für das gesamte Handelsrecht. Bd. II, S. 545. 1918.
— Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis. JW. 1922, S. 548.
— Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse. 1932.
Trautmann: Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrage. Gruch. 59, S. 434.
Vogel: Entlassung aus wichtigem Grunde und Verteilung des Betriebsrisikos. Gießener Dissertation 1934.
Vollbrecht: Betriebverbundenheit der Arbeitnehmer unter sich, mit dem Arbeitgeber oder Berufsverbundenheit der Arbeitnehmer. ArbR. 1926, S. 767.
Wagner: Die Einwirkung der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung auf die grundsätzliche Neugestaltung des Arbeitsvertrages. Berliner Dissertation, 1936.
Warncke: Zum Rechte des Lehrlings. ArbR. 1929, S. 141. Bezahlt wird nur wirklich geleistete Arbeit. NZfAR. 1929, S. 757.
Westphal: Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entlohnung des seine Dienste anbietenden Arbeitnehmers, auch wenn die Arbeit unausführbar ist. JW. 1921, 323.
Windscheid: Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2, Aufl. 4, 1874.
Zitelmann: Gewohnheitsrecht und Irrtum. ArchZPr. 66, S. 342.

Juden sind mit (J.) gekennzeichnet.

Abkürzungen der Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

ArbR.	Arbeitsrecht.
ArbRspr.	Arbeitsrechtliche Rechtsprechung oder Sammlung Bensheimer.
ArbrPr.	Arbeitsrechtspraxis.
ArchBR.	Archiv für Bürgerliches Recht.
ArchZPr.	Archiv für Zivilistische Praxis.
DAR.	Deutsches Arbeitsrecht.
DJZ.	Deutsche Juristenzeitung.
DR.	Deutsches Recht.
GuKG.	Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht.
Gruch.	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Grünh.	Grünhut, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht.
JW.	Juristische Wochenschrift.
LZ.	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
NZfAR.	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht.
OLG.	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
RAG.	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts.
RGZ.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seuff.	Seufferts Archiv.

Entscheidungen, die ohne besondere Angabe zitiert sind, sind aus der Sammlung Bensheimer entnommen.

Lebenslauf.

Am 2. Mai 1913 wurde ich, Heinrich Cebulka, in Ratibor als Sohn des Studienrats Leopold Cebulka und seiner Ehefrau geboren. Ich besuchte eine Vorschule und das staatliche Gymnasium in Ratibor und später das Gymnasium in Neiße, wohin mein Vater versetzt worden war. Hier bestand ich Ostern 1931 die Reifeprüfung. Anschließend studierte ich sieben Semester Rechtswissenschaft, und zwar das vierte und das fünfte in Berlin, die übrigen in Breslau. Hier bestand ich im November 1934 das erste juristische Staatsexamen. Zum Referendar ernannt, wurde ich bei verschiedenen Behörden des Oberlandesgerichtsbezirks Breslau ausgebildet. Vom Herbst 1935 bis Herbst 1936 unterbrach ich die Ausbildung und leistete als Freiwilliger Heeresdienst im Art.-Rgt. 28 in Schweidnitz. Im März 1939 bestand ich die große juristische Staatsprüfung. Ich wurde als Gerichtsassessor in die richterliche Laufbahn übernommen und bin augenblicklich beim Landgericht in Glatz beschäftigt.